

Der Hausverbandsvertrag Untersuchungen zur Tariffähigkeit des Werkvereins

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

KARL-MATTHIAS TOGGWEILER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder



Juris Druck + Verlag Zürich
1982





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Hausverbandsvertrag Untersuchungen zur Tariffähigkeit des Werkvereins

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

KARL-MATTHIAS TOGGWEILER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder



Juris Druck + Verlag Zürich
1982

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 26. Mai 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. Emil Stark



ISBN 3 260 04959 2

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
ALLGEMEINER TEIL	3
Die Tariffähigkeit des Werkvereins	3
1. Kapitel Ausgangslage	3
§ 1 Das Phänomen der Werkvereine	4
I. Werkverein als eine auf einen bestimmten Betrieb beschränkte AN-Koalition	4
II. Arten des Werkvereins	5
III. Der "ideologische" Werkverein insbesondere	5
IV. "Ideologische" Werkvereine und "gelbe" Gewerkschaften	6
V. Zusammenfassung	7
§ 2 Das Rechtsproblem der Tariffähigkeit des Werkvereins	8
I. Allgemeines	8
II. Werkverein und TVVO	9
III. Werkverein und TVG	10
IV. Die Tariffähigkeit insbesondere	10
V. Zusammenfassung	12
2. Kapitel Tariffähigkeit des Werkvereins: Begründung und Analyse	15
§ 3 Allgemeines	15
§ 4 Entstehungsgeschichtlicher Ansatzpunkt	16
I. Allgemeines	16
II. Die Entwicklung vom Begriff der Vereinigung von AN zum Begriff der Gewerkschaft	16
A. Vereinigung von AN	16
B. Gewerkschaft	17
III. Das Gewerkschaftsverständnis nach dem allgemeinen Sprachgebrauch	18
IV. Phänomenologische Interpretation	19
A. Begriffliches	19
B. Folgerungen für die Tariffähigkeit des Werkvereins	19
C. Kritik	19
V. Zusammenfassung	22
§ 5 Gewerkschaft und Tarifvertrag	23
I. Allgemeines	23
II. Begründungen aus dem Wortlaut der Umschreibung des TV	23
A. Der TV als positiv-rechtlicher Begriff	23
B. Folgerungen aus dem schuldrechtlichen Teil des TV	24
C. Folgerungen aus dem normativen Teil des TV	25
III. Begründungen aus dem Wesen des TV	26
A. Das Prinzip der sozialen Gegenspielierschaft	26

B. Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung	27
C. Das Gleichgewichtsprinzip	28
D. Zusammenfassung	29
IV. Analyse: Die Suche nach dem richtigen Wesen des TV	29
A. Die beiden verschiedenen TV-Verständnisse	29
a. Der TV als Vertrag oder Gesetz	29
b. Funktionen des TV	30
B. Positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung	31
a. Wirkungsweise der Tarifnormen	31
b. Tarifgebundenheit	32
c. Nachwirkung des TV	32
d. Allgemeinverbindlichkeit des TV	32
e. Sozial-privatrechtlicher Charakter der positiv-rechtlichen Umschreibung der Normativwirkung	32
C. Tarifwesen	33
D. Postulate zur Verrechtlichung des Tarifwesens	34
a. Allgemeines	34
b. Die Idee des modernen Arbeitsrechts als Grundlage	35
c. Vertretungstheorie	36
d. Verbandstheorie	36
e. Kombinationstheorie	37
f. Zusammenfassung	37
E. Die TV-Theorien	37
a. Allgemeines	37
b. Delegationstheorie	39
c. Die Theorie des kollektiven Schuldvertrages	39
d. Zusammenfassung	40
F. Das richtige Wesen des TV: Ergebnisse	40
§ 6 Gewerkschaft und Koalitionsfreiheit	43
I. Allgemeines	43
II. Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal:	
Die verschiedenen Begründungen	44
A. Die Bedeutung des Ausdruckes "Beruf" im Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG	44
B. Die Koalition als Berufsverband aufgrund des Sprachgebrauchs	44
C. Entstehungsgeschichtlicher Ansatzpunkt	45
a. Art. 159 und Art. 165 Abs. 1 WRV	45
b. Art. 9 Abs. 3 GG	46
c. Würdigung	47
D. Folgerungen aus der verfassungsrechtlichen Zweckbestimmung der Koalition	48
a. Allgemeines	48
b. Historische Konkretisierung der Zwecksetzung	48
c. Systematische Konkretisierung der Zwecksetzung	49
d. Würdigung	51
E. Funktionale Betrachtungsweise	52
F. Ergebnisse	53

III. Voraussetzungen für die Annahme der Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal	54
A. Koalitionsfreiheit und das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung	54
B. Koalitionen im engeren und im weiteren Sinne	55
C. Überbetrieblichkeit als Merkmal der Koalition im engeren Sinne	56
D. Verfassungsrechtlicher Gewerkschaftsbegriff und positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung	58
E. Zusammenfassende Würdigung	60
§ 7 Gewerkschaft und Betriebsrat	61
I. Allgemeines	61
II. Das Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf	61
a. Inhalt	61
b. Rechtliche Grundlage	61
III. Kritische Bemerkungen	62
a. Betriebsverfassungsrechtliches Dualismusprinzip	62
b. Dualismusprinzip im System der sozialen Selbstverwaltung	65
3. Kapitel Kriterien zur Beurteilung der Tariffähigkeit des Werkvereins	67
§ 8 Resultate aus der Untersuchung der deutschrechtlichen Situation	67
I. Grundlagen	67
a. Das Postulat der Tariffähigkeit des Werkvereins	67
b. Die Entwicklung des positiven Rechts	68
c. Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre	68
II. Begründungen für das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit	68
a. Entstehungsgeschichtlicher Ansatzpunkt	69
b. Gewerkschaft und TV	69
c. Gewerkschaft und Koalitionsfreiheit	70
d. Gewerkschaft und Betriebsrat	71
III. Rechtfertigung der Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal: Zusammenfassung	71
a. Phänomenologischer Gewerkschaftsbegriff	72
b. Prinzip der sozialen Selbstverwaltung	72
c. Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf	72
d. Zusammenfassung	72
§ 9 Folgerungen für eine Begründung der Tariffähigkeit des Werkvereins	74
I. Allgemeines	74
II. Die Tariffähigkeit des Werkvereins ist eine positiv-rechtliche Aussage	74
III. Dualismus von phänomenologischer und systematischer Betrachtungsweise	74
IV. Phänomenologische Methode	75
V. Systematische Methode	76
a. Überbetrieblichkeit als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite	76
b. Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal	77
c. Überbetrieblichkeit als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite aus dem Dualismus von BetrV und TV	78

BESONDERER TEIL	81
Der Hausverband als Arbeitnehmerverband: Die schweizerische Rechtslage	81
1. Kapitel Ausgangslage	81
§ 10 Schweizerische Rechtsgrundlagen	82
I. Die massgebenden Rechtsnormen	82
II. Die h.M. in Lehre und Rechtsprechung	82
a. Lehre	82
b. Rechtsprechung	83
III. Zusammenfassung	84
§ 11 Untersuchung des Begriffes des AN-Verbandes als Aufgabe	85
I. Auslegungsbedürftigkeit des Begriffes des AN-Verbandes	85
II. Deutsche Rechtslage als grundsätzlicher und ergänzender Gesichtspunkt	85
2. Kapitel Überbetrieblichkeit als Merkmal des Arbeitnehmerverbandes	87
§ 12 Die Aussage der Materialien	87
I. Allgemeines	87
II. Die Situation von 1911	87
III. Die Situation von 1956	88
IV. Die Situation von 1971	89
V. Ergebnis	90
§ 13 Berücksichtigung tatsächlicher Umstände	91
I. Allgemeines	91
II. AN-Verband und Sprachgebrauch	91
A. AN-Verband als technischer Begriff	91
B. Mangelnde Einheitlichkeit des juristischen Sprachgebrauchs	91
III. Phänomenologische Interpretation des AN-Verbandes	92
A. Allgemeines	92
B. Werkvereine in der Schweiz	92
a. "Neutrale" und "gelbe" Werkvereine	92
b. Werkvereine und der Landesverband Freier Schweizer Arbeiter (LFSA)	93
c. Werkverein und Betriebsverfassung	94
d. Zusammenfassung	94
C. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal des AN-Verbandes und das gewerkschaftliche Selbstverständnis	95
a. Werkvereine und das gewerkschaftliche Selbstverständnis	95
b. "Gelbe" Gewerkschaften und das gewerkschaftliche Selbstverständnis	95
D. Bedeutung der phänomenologischen Interpretationsmethode im schweizerischen Recht	97
E. Zusammenfassung	97
IV. Resultate aus der Berücksichtigung tatsächlicher Umstände	98
§ 14 Berücksichtigung des systematischen Zusammenhanges	99
I. Allgemeines	99
II. AN-Verband und GAV	99
A. Ansätze aus der positiv-rechtlichen Erfassung des GAV	99

a. Die Normativwirkung ist kein Merkmal des GAV	99
b. Folgerungen aus der positiv-rechtlichen Umschreibung der Einwirkungspflicht	100
c. Folgerungen aus der gemeinsamen Durchführung eines GAV	101
d. Folgerungen aus der Regelung des ave-GAV	101
e. Zusammenfassung	102
B. Ansätze aus dem Wesen des GAV	103
a. Positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung	103
b. Folgerungen aus der positiv-rechtlichen Entwicklung des GAV	104
C. Resultate	105
III. AN-Verband und Koalitionsfreiheit	106
A. Allgemeines	106
B. Der Aspekt der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV)	106
C. Entscheidende Rolle der Wirtschaftsartikel	107
a. Art. 34 ^{ter} Abs. 1 lit c BV	107
b. Art. 32 Abs. 3 BV	110
c. Art. 31 ^{bis} Abs. 1 BV	111
D. Supranationales Recht	112
a. Art. 11 Abs. 1 EMRK	112
b. Übereinkommen Nr. 87 ILO	113
c. Art. 6 Nr. 4 ESC	114
E. Ergebnisse	114
IV. AN-Verband und das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung	116
A. Allgemeines	116
B. Das TV-System	116
a. Allgemeines	116
b. Arbeitskampfrecht	117
c. Schlichtungsrecht	118
d. Zusammenfassung	119
C. Ansätze eines Betriebsverfassungsrechts	119
a. Allgemeines	119
b. Fehlen eines Dualismusprinzips	120
c. Verhältnis von AN-Verband und AN-Vertretung	120
d. Verhältnis von GAV und vBO	121
e. Zusammenfassung	123
D. AN-Verband und öffentliches Arbeitsrecht	123
a. Allgemeines	123
b. Das Arbeitsgesetz	123
c. Anderes öffentliches Recht	124
d. Zusammenfassung	124
E. Ergebnisse	124
V. Resultate aus dem systematischen Zusammenhang	125
3. Kapitel Der Hausverband als Arbeitnehmerverband: Schlussfolgerungen	127
§ 15 Resultate	127
I. Werkvereinsproblematik und der Begriff des AN-Verbandes	127

II. Auslegung des Begriffes des AN-Verbandes im Hinblick auf das Merkmal der Überbetrieblichkeit	127
a. Entstehungsgeschichtliches Moment	127
b. Tatsächliches, insbesondere phänomenologisches Moment	128
c. Systematisches Moment	128
III. Die Überbetrieblichkeit ist kein generelles Merkmal des AN-Verbandes	129
IV. Der Hausverband ist tariffähig, und der Hausverbandsvertrag ist ein GAV	129
V. Besonderheiten der schweizerischen Rechtslage	130

Thesen	132
---------------	-----

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

I. Allgemeine Bezeichnungen

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Arbeitgeber
a.M.	anderer Meinung
AN	Arbeitnehmer
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
ave	allgemeinverbindlicherklärt
Bd.	Band
Bde.	Bände
bes.	besonders
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
E.	Entscheidung
EAG	Einzelarbeitgeber
EAN	Einzelarbeitnehmer
ebd.	ebenda
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundrechte vom 4. November 1950)
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961
f.	und folgende (Seite, Note)
ff.	und folgende (Seiten, Noten)
Hg.	Herausgeber
hgg.	herausgegeben von
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
i.e.S.	im engeren Sinne
i.G.	im Gegensatz
ILO/IAO	International Labour Organization/ Internationale Arbeitsorganisation
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
Lit.	Literatur
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N.	Note

o.	oben
resp.	respective
S.	Seite
sog.	sogenannt
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und anderes mehr
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
vgl.o.	vergleiche oben
vgl.u.	vergleiche unten
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

II. Besondere Bezeichnungen

a) deutsche

BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BR	Betriebsrat
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BetrV	Betriebsvereinbarung
RAG	Reichsarbeitsgericht
RG	Reichsgericht
TV	Tarifvertrag

b) schweizerische

AS	Amtliche Sammlung (Eidgenössischer Gesetze), seit 1948: "Sammlung der eidgenössischen Gesetze"
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BG 1911	OR 1911
BG 1956	AVEG
BG 1971	BG vom 25. Juni 1971 über die Revision des 10. Titels und des Titels 10bis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), in Kraft seit 1. Januar 1972 (AS 1971, 1465; 1567)
Botschaft 1911	Botschaften zum BG 1911, BBl 1905 II 1ff. und BBl 1909 III 725ff.
Botschaft 1954	Botschaft zum BG 1956, BBl 1954 I 125ff.
Botschaft 1967	Botschaft zum BG 1971, BBl 1967 II 241ff.
BO	Betriebsordnung
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947

EAV	Einzelarbeitsvertrag
FO	Fabrikordnung
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31ff. BV)
NR	Nationalrat
SG	Kanton St.Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SO	Kanton Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (seit 1970)
StenBull	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StR	Ständerat
vBO	vereinbarte Betriebsordnung
ZG	Kanton Zug

III. Gesetze

a) deutsche

ArGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGG (GG)	(Bonner) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 in der Fassung vom 15. Januar 1972
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920
MitbG	Gesetz über die Montanmitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21. Mai 1951, nicht zu verwechseln mit dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976
TVG	Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 in der Fassung vom 25. August 1969, zuletzt abgeändert am 29. Oktober 1974
TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestellten- ausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. Dezember 1918 in der Fassung vom 1. März 1928
WRV (RV)	(Weimarer) Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919

b) schweizerische

aOR	BG über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (altes OR)
ArG	BG vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz)

AVEG	BG vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
FG	BG betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 (Fabrikgesetz)
OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (Obligationenrecht)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

IV. Entscheidsammlungen

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Tübingen)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung) (Lausanne)
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, der Landesgerichte und der Arbeitsgerichte (früher: Bensheimer Sammlung) (Berlin)
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)

V. Zeitschriften

a) deutsche

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg, Tübingen, neue Folge: 1923ff.)
AR	Arbeitsrecht (Stuttgart, bis 1933)
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtswissenschaft (Köln)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München und Frankfurt)
JZ	Juristen-Zeitung (Tübingen)
NZfAR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Mannheim, bis 1933)
PersVertr	Die Personalvertretung, Fachzeitschrift für Personalvertretungen und Dienststellen (Berlin-Bielefeld-München)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Frankfurt am Main)
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts (München)
SchliW	Das Schlichtungswesen, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse im Deutschen Reiche (Stuttgart, bis 1933)

SozPrax	Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik und Wohlfahrts- pflege (ab 1944: Die deutsche Sozialpolitik) (Berlin)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Köln-Berlin-Bonn-München)

b) schweizerische

GR	Gewerkschaftliche Rundschau (Bern)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung (Bern)
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel, neue Folge: 1882ff..)

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|--|--|
| Anschütz | G. Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, 11. A. Berlin 1929 |
| Badura, Koalition | P. Badura, Das Recht der Koalition – Verfassungsrechtliche Fragestellung, Arbeitsrecht der Gegenwart 1978, 17ff. |
| Bänziger | R. Bänziger, Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag, Bern 1981 |
| Burckhardt | W. Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (Nachdruck 1971) |
| Egger, Personenrecht | A. Egger, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Bd. Einleitung und Personenrecht, 2. A. Zürich 1930 (Nachdruck 1978) |
| Egger, Tariffähigkeit | A. Egger, Über die Tariffähigkeit von Verbänden, Gutachten 1938, in: A. Egger Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Zürich 1957, 159ff. |
| Egli | G. Egli, 50 Jahre Landesverband freier Schweizer Arbeiter, Zürich 1969 |
| Eichholzer | E. Eichholzer, Aus der Geschichte des schweizerischen Gesamtarbeitsvertrages, ZSR 83 (1964) I, 47ff. |
| Ekonomi/Rehbinder | M. Ekonomi/M. Rehbinder (Hg.), Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, Bern 1979 |
| Fleiner/Giacometti | Z. Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von F. Fleiner, Zürich 1949 |
| Fröhlich | E. Fröhlich, Die Tariffähigkeit, Eine Untersuchung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1934 |
| Furtwängler | F.J. Furtwängler, Die Gewerkschaften, ihre Geschichte und internationale Auswirkung, Hamburg 1956 |
| Gruner | E. Gruner, Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert, Bern 1968 |
| Guisan | L. Guisan, La place du contrat collectif de travail dans le système de droit suisse, thèse Lausanne 1936 |
| Gygi | F. Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981 |
| Gysin, Arbeitsrecht | A. Gysin, Arbeitsrecht, mit einer Übersicht über Lösungsversuche des Auslandes, Zürich 1943 |
| Gysin, GAV | A. Gysin, Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93 (1957) 417ff. |
| Gysin, RdA 1950 | A. Gysin, Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, RdA 1950, 4ff. |
| Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft | Hg.: Schweizerische Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, Ausgabe 1952, 2 Bde., Bern 1955 |

HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, zugleich Neuauflage des "Handwörterbuch der Staatswissenschaften", Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1956
Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens	Internationales Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens, Berlin 1931
Hardmeier	B. Hardmeier, Aus der Geschichte der schweizerischen Arbeiterbewegung, Bern 1970
Heeb	F. Heeb, Der Schweizerische Gewerkschaftsbund 1880/1930, Bern 1930
Heither	F.H. Heither, Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Stuttgart 1964
Herschel JuS	W. Herschel, Der Typus der arbeitsrechtlichen Koalition – BAG NJW 1977, 1551 – , JuS 1978, 524ff.
Herschel, Tariffähigkeit	W. Herschel, Tariffähigkeit und Tarifmacht, Mannheim 1932
Hinz	M.O. Hinz, Tarifhoheit und Verfassungsrecht, Eine Untersuchung über die tarifvertragliche Vereinbarungsgewalt, Berlin 1971
Hoffmann	E. Hoffmann, Die Tariffähigkeit der wirtschaftsfriedlichen Werkvereine, Diss. Königsberg 1930
Hueck/Nipperdey 1930	A. Hueck und H.C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 1. und 2. A. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
Hueck/Nipperdey	A. Hueck und H.C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, zweiter Bd. (II) Kollektives Arbeitsrecht, 7. A. 1. Halbbd. bearbeitet von H.C. Nipperdey, Berlin und Frankfurt am Main 1967, 2. Halbbd. (S. 853 ff.) bearbeitet von H.C. Nipperdey und F.J. Säcker, Berlin und Frankfurt am Main 1970
Huber, AVE	H. Huber, Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, ZSR 59 (1940) 332ff.
Huber, Koalitionsfreiheit	H. Huber, Die Koalitionsfreiheit, ZBJV 83 (1947) 1ff.
Huber, Verbandsrecht	H. Huber, Verbandsrecht und staatliches Recht, ZBl 50 (1949) 52 ff.
Hug bei Duvernell	W. Hug, Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie als Probleme der modernen schweizerischen Demokratie, in: H. Duvernell (Hg.), Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968, 177ff.
Hug, ArG	W. Hug, (Hg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971
Hug, Gesetzgebung	W. Hug, Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung, WuR 1954, 117ff.
Hug, Grundfragen	W. Hug, Grundfragen des Arbeitsrechts, Chur 1926

Hug, Kodifikation	W. Hug, Die Kodifikation des Arbeitsrechts, SZS 1979, 161ff.
Hug, Kündigungsrecht	W. Hug, Das Kündigungsrecht nach schweizerischem unter Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Arbeitsrechts, Bd. 1 (I), Aarau 1926
Hug, RdA 1958	W. Hug, Die neue schweizerische Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, RdA 1958, 81ff.
Hug, Wirtschaftsverbände	W. Hug, Staat und Wirtschaftsverbände in der Sozialgesetzgebung, Zürich 1949
Jacobi	E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
Jacobi, Gewerkschaften	R. Jacobi, Stellung der Gewerkschaften im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Basel 1964
Kägi	A. Kägi, Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit, Diss. Zürich 1969
Kaskel, Arbeitsrecht 1925	W. Kaskel, Arbeitsrecht, Berlin 1925.
Kaskel, Arbeitsrecht 1928	W. Kaskel, Arbeitsrecht, 3. A. Berlin 1928
Kaskel, Arbeitsrecht 1932	W. Kaskel, Arbeitsrecht, 4. A. von H. Dersch, Berlin 1932
Kaskel/Dersch	W. Kaskel und H. Dersch, Arbeitsrecht, begründet von W. Kaskel und neubearbeitet von H. Dersch, 5. A. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
Kaskel, Tariffähigkeit	W. Kaskel, Tariffähigkeit und Tariffberechtigung, NZfAR 1926, 1ff.
Kull	E. Kull, Die sozialreformerische Arbeiterbewegung in der Schweiz, Diss. Zürich 1930
Lang	O. Lang, Der Arbeits-Tarifvertrag, ZSR 28 (1909) 540ff.
Löwisch	M. Löwisch, Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, 295ff.
Lotmar, Arbeitsvertrag	P. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 2 Bde., Leipzig 1902/1908, Bd. 1 (1902)
Lotmar, Dienstvertrag	P. Lotmar, Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Zivilrecht, ZSR 21 (1902) 549ff.
Mattheier	K. Mattheier, Die Gelben, Nationale Arbeiter zwischen Wirtschaftsfrieden und Streik, Düsseldorf 1973
Maunz/Dürig	T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, R. Scholz, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin, 1961ff.; Lieferung vom 17. August 1979: R. Scholz, Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (III) N. 161ff. (zu Art. 9 Abs. 3)
Meier-Hayoz	A. Meier-Hayoz, (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1, Bern 1966
Meissinger, Koalitionsrecht	H. Meissinger, Koalitionsrecht – ein Mittel zum Zweck der Sozialen Selbstverwaltung, ArbuR 1954, 65ff.

Molitor, Kommentar	E. Molitor, Kommentar zur Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 / 1. März 1928, Berlin 1930
Müller, Handbuch	J.P. Müller, Das Vertragswerk der IAO, in: Handbuch der Schweizerischen Aussenpolitik, hgg. A. Riklin, H. Haug, H.C. Binswanger, Bern 1975, 357ff.
von Münch	I. v. Münch, (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1 (Präambel bis Art. 20), 2. A. München 1981
Naegeli, Verbände	E. Naegeli, Die Mitwirkung der Verbände bei der Rechtssetzung unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Rechtsverordnung, in: Beiträge zum Problem der Einwirkung des Staates auf die Wirtschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky, Zürich und Köln, 1950, 205ff.
Nawiasky, Betrieb	H. Nawiasky, Die rechtliche Organisation des Betriebes unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, St.Gallen 1943
Nestriepke	S. Nestriepke, Die Gewerkschaftsbewegung, 3 Bde., I: 3. A. Stuttgart 1925, II und III: 2. A. Stuttgart 1923
Nikisch	A. Nikisch, Arbeitsrecht, 2. A., 3 Bde., Tübingen 1955–1966, Bd. 2: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 1959
Nipperdey, Beiträge	H.C. Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim 1924
Nörpel	C. Nörpel, Die Bestimmung des Begriffes "Gewerkschaften", AR 1927, 609ff.
Oser/Schönenberger	H. Oser und W. Schönenberger, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., Das Obligationenrecht, 2. Halbbd., 2. A. Zürich 1936
Potthoff, Arbeitsrecht	H. Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, Rechtspolitische Betrachtungen eines Volkswirtes, Jena 1912
Potthoff, Betrieb	H. Potthoff (Hg.), Die sozialen Probleme des Betriebes, Ein Sammelwerk, Berlin 1925
Potthoff, Wesen	H. Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, Berlin 1922
Ragaz	J. Ragaz, Die Arbeiterbewegung in der Westschweiz, Diss. Zürich 1938
Ramm, Koalitionsbegriff	T. Ramm, Der Koalitionsbegriff, RdA 1968, 412ff.
Ramm, Parteien	T. Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages, Stuttgart 1961
Ramm, Tariffähigkeit	T. Ramm, Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit, – BVerfGE 18, 18, JuS 1966, 223ff.
Rehbinder	M. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. A. Bern 1981
Restorf	K. von Restorf, Die Bedeutung der Berufsverbände und ihrer Tariffähigkeit für das öffentliche Recht mit besonderer Berücksichtigung der wirtschaftsfriedlichen Vereinigungen, Diss. Göttingen 1932

Reuss	W. Reuss, Die Stellung der Koalitionen in der geltenden Rechtsordnung, Arbeitsrecht der Gegenwart 1964, 144ff.
Schaub	G. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. A. München 1980
Schibler	P.F. Schibler, Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages, insbesondere die Parteifähigkeit, Diss. Basel 1950 (Maschinenschrift)
Schluep	W.R. Schluep, Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, in: W.R. Schluep, Zum Wirtschaftsrecht, Eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978
Schnorr, Bundesverfassungsgericht	G. Schnorr, Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht, RdA 1955, 3ff.
Schnorr Gewerkschaftsbegriff	G. Schnorr, Der Begriff der "Gewerkschaft", RdA 1953, 377ff.
Schweingruber, Entwicklungstendenzen	E. Schweingruber, Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 83 (1947) 193ff.
Schweingruber, Kommentar EAV	E. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. A. Bern 1976
Schweingruber, Kommentar GAV	E. Schweingruber/F.W. Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 2. A. Zürich 1972
Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag	H. Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung, 1907/8, Nachdruck Berlin 1977
Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz	H. Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 1916, Nachdruck Berlin 1977
Sinzheimer, Reform	H. Sinzheimer, Brauchen wir ein Arbeitstarifgesetz? Jena 1913, Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Heft 44, resp. 5. Bd. (1913) 154ff.
Sinzheimer, Grundzüge	H. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. A. Jena 1927
Söllner	A. Söllner, Arbeitsrecht, 5. A. Stuttgart 1976
Streiff	U. Streiff, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3. A. Zürich 1974
G. Sulzer	G. Sulzer, Die kollektive Vertragsschliessung zwischen Arbeitern und Arbeitgebern, Bern 1900
Sulzer-Ziegler	E. Sulzer-Ziegler, Das Institut der Fabrikkommission, Heft 29 der Schriften des Schweizerischen Vereins zur Förderung des internationalen Arbeiterschutzes, Bern 1904
Széll-Fröhlich	F. Széll-Fröhlich, Die Gelben, Geschichte der gelben Schutztruppe der Arbeitgeberverbände der Schweiz, Bern 1913
Tschudi, Koalitionsfreiheit	H.P. Tschudi, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR 67 (1948) 355ff.

- von Thur/Peter A. von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A. Bd. I von H. Peter, Zürich 1974 und 1979 (Bd. II von A. Escher, Zürich 1974)
- Umbreit, Forderungen P. Umbreit, Forderungen der Gewerkschaften, Berlin 1918
- Vischer F. Vischer, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII. Bd., 1. Halbbd., Basel und Stuttgart 1977, 279ff.
- Weckerle E. Weckerle, Die Gewerkschaften in der Schweiz, Zürich 1947
- Welti H. Welti, Die Arbeiterkommissionen in den privaten Betrieben, Ein Versuch zur Bestimmung ihrer Rechtsnatur, Diss. Zürich 1942
- Wiedemann/Stumpf, H. Wiedemann und H. Stumpf, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 5. A. München 1977
- Zöllner W. Zöllner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 9 Abs. 3 GG, AöR 98 (1973) 71ff.

Stand der verarbeiteten Lit.: Ende 1981.

EINLEITUNG

Der *Hausverbandsvertrag*¹ ist ein GAV, der von Hausverbänden abgeschlossen wird. Hausverbände sind AN-Koalitionen², die sich auf einen bestimmten Betrieb – „das Haus“ – beschränken. Daher kann der Hausverbandsvertrag umschrieben werden als ein GAV, bei dem der AG mit seinem eigenen organisierten Personal kontrahiert³. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet das Problem, ob der Hausverbandsvertrag zu Recht als GAV betrachtet werden dürfe.

Nach dem positiven Recht ist der Hausverbandsvertrag dann ein GAV, wenn der Hausverband ein *AN-Verband*⁴ ist. Im Rahmen des positiven Rechts ist also zu untersuchen, inwiefern der *Hausverband* ein AN-Verband ist. Aufgrund der massgeblichen gesetzlichen Bestimmung ist dies nun der Fall, da das *Gesetz* nicht zwischen betrieblich und überbetrieblich organisierten AN-Verbänden in dem Sinne unterscheidet, dass nur letztere rechtsgültig einen GAV abschliessen könnten⁵.

Auch nach der *h.L.* ist der Hausverbandsvertrag ein GAV⁶. Im Unterschied zur *schweizerischen* Auffassung erklärt jedoch die *deutsche* Arbeitsrechtswissenschaft den *Werkverein*, welcher dem Hausverband wegen der betrieblichen Beschränkung entspricht, für *tarifunfähig*. Zugleich wird gesagt, der Werkverein fiele nicht unter den positiv-rechtlichen Begriff der *Gewerkschaft*⁷.

Auf diese Erkenntnisse des deutschen Rechts ist die Mindermeinung in der schweizerischen Lehre zurückzuführen, welche den Hausverbandsvertrag nicht als GAV anerkennt, weil Hausverbände tarifunfähig und keine AN-Verbände seien⁸.

Das Problem der Anerkennung des Hausverbandsvertrages als GAV hängt damit nicht nur von der positiv-rechtlichen Ausgestaltung des Begriffes des AN-Verbandes

1 Dieser Ausdruck drängt sich aufgrund der Revision des GAV-Rechts von 1956 auf, wonach nur noch AN-Verbände tariffähig sind. Näheres vgl. u. § 12. Vor besagter Revision war der Begriff des Hausvertrages, welcher heute ebenfalls noch verwendet wird, wegen des damals fehlenden Organisationserfordernisses zu Recht gebräuchlich, vgl. Botschaft 1954, 156.

2 Näheres u. § 1 I. Der Begriff wird hier im untechnischen Sinne rein deskriptiv gebraucht. Zum Begriff der Koalition vgl. u. § 6.

3 So Schweingruber, Kommentar GAV, 22.

4 Art. 356 Abs. 1 OR (Fassung BG 1971).

5 Vgl. Schweingruber, Kommentar GAV, 39.

6 Dazu Heither, 91 bei Anm. 6 mit weiteren Verweisen; Hug, RdA 1958, 85 bei Anm. 36. Näheres vgl. u. § 10 II a.

Rechtsprechung zum Problem ist nicht bekannt, vgl. u. § 10 II b.

Hausverbandsverträge existieren nach wie vor im Arbeitsleben. Da die GAV mit Ausnahme der Kantone Basel-Stadt und Neuchâtel nicht amtlich registriert werden, kann über die Verbreitung der Hausverbandsverträge keine Aussage getroffen werden, vgl. Schweingruber, Kommentar GAV, 23.

7 Dazu z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 163; Söllner, § 9 I 1, 54. Näheres vgl. u. 2. Kapitel.

8 Vgl. für die Situation vor der Revision 1956 Fröhlich, 42ff. Für das geltende Recht vgl. z.B. Rehbindler, 160. Näheres vgl. u. § 10 II a Anm. 14.

ab, sondern es ist auch mit der Frage nach den rechtlichen Anforderungen an die *Tariffähigkeit*⁹ verknüpft. Das Problem der Tariffähigkeit des Werkvereins, die *Werkvereinsproblematik*, wird im deutschen Recht ausführlich erörtert. Es geht dabei um ein Problem, welches für das TV-Recht und die Rechtsstellung der AN-Koalition von *grundsätzlicher* Bedeutung ist. Deshalb, und weil die schweizerische Mindermeinung deutschrechtlich beeinflusst ist, drängt es sich auf, vor der schweizerischen die Situation des deutschen Rechts zu untersuchen. Aus Zweckmässigkeitsgründen erfolgt dies in Form eines *Allgemeinen Teils*, in welchem zugleich auch die grundsätzlichen Aspekte herausgearbeitet werden sollen.

Darauf aufbauend kann dann in einem *Besonderen Teil* nach der Antwort des schweizerischen Rechts gesucht werden. In Kenntnis der schweizerischen Besonderheiten lässt sich dann ermes sen, ob und welche für die Beurteilung der Werkvereinsproblematik allgemeingültigen Kriterien auch im schweizerischen Recht zu berücksichtigen sind.

⁹ Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, Partei eines TV zu sein. Näheres vgl. u. § 2 IV.

Allgemeiner Teil

Die Tariffähigkeit des Werkvereins: Die deutsche Rechtslage

1. KAPITEL

AUSGANGSLAGE

§ 1 DAS PHÄNOMEN DER WERKVEREINE

I. Werkverein als eine auf einen bestimmten Betrieb beschränkte AN-Koalition

Der Werkverein ist ein betrieblich beschränkter Zusammenschluss von AN zur Wahrung der gemeinsamen AN-Interessen. Damit steht der Werkverein im Zusammenhang mit der *Koalitionsbewegung*. Er ist eine AN-Koalition. Von anderen AN-Koalitionen unterscheidet sich der Werkverein durch seine Beschränkung auf einen bestimmten Betrieb.

Dieses Kennzeichen entspringt dem Umstand, dass die Entstehung von Werkvereinen in Verbindung mit der Existenz von *Arbeitsverbänden* zu erklären ist. Arbeitsverbände bilden sich aufgrund des betrieblichen Arbeitsprozesses. Sie sind faktische, d.h. unabhängig vom Willen der Betroffenen erfolgende Zusammenfassungen aller an einem bestimmten Produktionsprozess beteiligten AN. Es war nun naheliegend, dass sich aufgrund des Koalitionsbedürfnisses aus den technisch bedingten Arbeitsverbänden betrieblich beschränkte AN-Koalitionen bildeten. Die Entstehung des Werkvereins kann daher mit der Existenz von Arbeitsverbänden einerseits und der Entwicklung der Koalitionsbewegung andererseits erklärt werden.

Das Werkvereinsprinzip als gewerkschaftliches Organisationsprinzip beschränkt sich allerdings auf die Anfänge der Gewerkschaftsbewegung bzw. auf Bereiche mit geringem Organisationsgrad und geringem Koalitionsbedürfnis. Es kann nämlich festgestellt werden, dass mit zunehmender Organisation von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerschaft¹ sowie mit steigender Anzahl von Arbeitskämpfen² die Gewerkschaften nach umfassenderen Organisationsprinzipien streben. Werkvereine sind somit betrieblich beschränkte AN-Koalitionen, welche sich aus den betrieblichen Arbeitsverbänden entwickelt haben und als Phänomen am Anfang einer Gewerkschaftsbewegung bedeutend sind.

1 Dazu z.B. HDSW Art. "Koalitionsrecht" von Ramm mit weiteren Verweisen.

2 Die AN-Koalition wird i.G. zur AG-Koalition auch Gewerkschaft genannt, dazu z.B. HDSW Art. "Gewerkschaften" (I-III) von G. Briefs, R. Wagenfuhr H. vom Hof und P. Heyde mit weiteren Verweisen.

Die Begriffe werden hier im untechnischen Sinne verwendet. Zu den technischen Begriffen vgl. u. § 4 II und § 6.

3 Dazu Hug, Grundfragen, Leitsatz III Absatz 2 und S. 30; derselbe, Kündigungsrecht, 128; für Deutschland vgl. z.B. Teuteberg, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, 1961, 94ff.

4 Das Werkvereinsprinzip kann daher sowohl in der Geschichte als auch in der Gegenwart festgestellt werden. Vgl. auch u. § 2 I Anm. 3.

5 Die AG-Verbände entstanden als Reaktion auf die Organisation der AN, vgl. dazu z.B. HDSW Art. "Arbeitgeberverbände" von W. Herrmann.

6 Dazu z.B. D. Schneider (Hg.), Zur Theorie und Praxis des Streiks, Frankfurt am Main 1971, 39-63.

7 Nämlich über den Berufsverband und die Industriegewerkschaft zur Einheitsgewerkschaft, wobei diese Entwicklung vorab machtpolitischen Gründen zuschreiben sein dürfte, vgl. z.B. R. Zoll, Der Doppelcharakter der Gewerkschaften, Frankfurt am Main 1976, 162ff.

II. Arten des Werkvereins

In der Gewerkschaftsgeschichte lassen sich zwei Arten von Werkvereinen voneinander unterscheiden.

Primär ist derjenige Werkverein, welcher sich im Zusammenhang mit dem Koalitionsbedürfnis der betreffenden AN aus einem Arbeitsverband entwickelt. Sekundär ist der einer *eigentlichen Werkvereinsideologie*⁸ entspringende Werkverein. Dementsprechend kann von einem "neutralen"⁹ und einem "ideologischen" Werkverein gesprochen werden.

Das deutsche Arbeitsrecht hat allein den "ideologischen" Werkverein vor Augen¹⁰. Werkvereine ohne ideologische Basis werden als inexistent¹¹ oder "wild"¹² angesehen. Inwiefern diese Ansichten ihrerseits ideologiebeladen sind, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist entsprechend den Tatsachen zwischen "neutralen" und "ideologischen" Werkvereinen zu unterscheiden.

III. Der "ideologische" Werkverein insbesondere

Der "ideologische" Werkverein beruht auf der *Werksgemeinschaftsidee*¹³. Grundlage dieser Idee ist die Betonung der Interessengemeinschaft zwischen AG und AN, im Unterschied zur Entgegensetzung von Kapital und Arbeit. So wird die Werksgemeinschaft beispielsweise umschrieben als "Zustand einer auf gegenseitigem Vertrauen sowie auf gegenseitiger Achtung beruhenden Zusammenarbeit in einem Betrieb"¹⁴.

8 Nämlich der Betriebs- oder Werksgemeinschaftsidee. Näheres vgl. u. § 1 III.

9 "Neutral" sind die Werkvereine als Urform gewerkschaftlicher Organisation, vgl. o. § 1 I insbes. Anm. 4, wie die Gewerkschaften nach englischem Muster sowie die Hirsch-Dunkerschen Gewerkschaften gegenüber andern Gewerkschaftsrichtungen als "neutral" bezeichnet werden, vgl. G. Briefs, Internationale Gewerkschaftsbewegung, in: Propyläen Weltgeschichte, hgg. von G. Mann, Berlin, Frankfurt, Wien, Bd. 10 1961, 476; Mattheier, 229f.; Furtwängler, 14, 22.

Zur Unterscheidung zwischen "neutralen" und "gelben" Werkvereinen vgl. auch Hoffmann, 6 und Mattheier, 31 und 118ff.

10 Dazu z.B. Hueck/Nipperdey, § 6 III 4, 109f. (insbes. Anm. 55 und 55a); Kaskel/Dersch, § 13 I e, 53; Nikisch, § 57 II 5, 9.

11 Denn sofern die Werkvereine nur mit der sog. gelben Arbeiterbewegung in Verbindung gebracht werden, wird die Existenz "neutraler" Werkvereine vergessen.

12 Solche Werkvereine sind "wild", weil sie nicht in ein Organisationssystem passen, ähnlich dem "wilden" i.G. zum "organisierten" Streik. Vgl. auch Hoffmann, 1 und 8.

13 Dazu grundsätzlich Mattheier, 59ff.; Potthoff, Betrieb: Aufsätze von Meissinger (Die Betriebsgemeinschaft, 245ff.), J. Winschuh (Psychologische Grundlagen der Werksarbeitsgemeinschaft, 254ff.), G. Schneider (Werksgemeinschaft, 280ff.), A. Striemer (Werksgemeinschaft, 285ff.); Vorwerck/Dunkermann, Werksgemeinschaft in historischer und soziologischer Beleuchtung, Berlin 1928; Bodman, Werksgemeinschaft, AR 1927, 901ff.; Vorwerck, Werksgemeinschaft, AR 1928, 74ff.; Apolant, Die wirtschaftsfriedliche Arbeiterbewegung Deutschlands, Berlin 1928, 11ff.; A. Weber, Der Kampf zwischen Kapital und Arbeit, Tübingen 1910, 243ff. und 504ff.

14 So Vorwerck/Dunkermann, (N. 13), S. 26

Das Werk gilt als Zelle der Wirtschaft, weshalb sich die AN betrieblich zu organisieren haben. Da der Gedanke des Arbeitskampfes mit der Werksgemeinschaftsidee unvereinbar ist, lehnt der "ideologische" Werkverein den Streik ab¹⁵.

In Deutschland wurden "ideologische" Werkvereine als Kampfinstrument gegen die "sozialistischen" Gewerkschaften von Unternehmerseite gefördert¹⁶. Aufgrund der am 15. November 1918 zwischen den Spitzenverbänden der Unternehmenschaft und den grossen Gewerkschaften vereinbarten Zentralarbeitsgemeinschaft verloren die Werkvereine jedoch an Bedeutung, da sich die AG-Seite verpflichtete, sie nicht mehr zu anerkennen¹⁷. Nach der Auflösung dieser Arbeitsgemeinschaft lebten die Werkvereine allerdings wieder auf¹⁸. Seit dem Zusammenbruch der Weimarer Republik existieren in Deutschland keine Werkvereine mehr¹⁹.

IV. "Ideologische" Werkvereine und "gelbe" Gewerkschaften

Die Betonung der Interessengemeinschaft von Kapital und Arbeit ist Merkmal nicht nur der "ideologischen" Werkvereine, sondern auch der "gelben" bzw. *wirtschaftsfriedlichen* Gewerkschaften. Daher gelten die "ideologischen" Werkvereine als "gelbe" Gewerkschaften²⁰. Welche Gewerkschaften zu den "Gelben" zu zählen sind, ist nicht ganz klar²¹.

In Deutschland schlossen sich die Werkvereine teilweise der wirtschaftsfriedlichen nationalen Arbeiterbewegung an²². Sie fanden insofern einen *überbetrieblichen* Rück-

15 Vgl. Mattheier, 119f., 168, insbes. bei Anm. 4; Nestriepke, Bd. 2, 143ff.; A. Weber, (N. 13).

16 Vgl. Mattheier, 59ff., 69, 107; Apolant, (N. 13), S. 11.

17 Der Vertrag über die Zentralarbeitsgemeinschaft vom 13. 15. November 1918 sah eine Definition des Begriffes der Gewerkschaft vor, wie das auch bei andern Verträgen über Arbeitsgemeinschaften der Fall war – so Nestriepke, Bd. 2, 292ff. –, und zwar unter Ausschluss der Werkvereine: "Die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände werden die Werkvereine (die sogenannten wirtschaftsfriedlichen Vereine) fortan vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen", zit. nach Mattheier, 296 bei Anm. 24. Vgl. auch Hoffmann, 7f.; vgl. auch u. § 4 II.

18 Vgl. Potthoff, Betrieb, Die sozialen Probleme des Betriebes, 14f; Meissinger, in: Potthoff, Betrieb, Die Betriebsgemeinschaft, 245ff.; Hoffmann, 9.

19 Vgl. Herschel, Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 1965, 82 bei und in Anm. 9. Eine Ausnahme bilden – als zulässige Werkvereine – die Monopolbetriebe von Post und Bahn, vgl. Söllner, § 9 I 1, 54.

20 Vgl. Mattheier, 59ff.; Nestriepke, Bd. 2, 143ff.; vgl. auch o. § 1 II Anm. 10.

21 Die Hirsch-Dunker'schen Gewerkschaften, die als "neutral" gelten – vgl. o. § 1 II Anm. 9 – werden beispielsweise von W. Abendroth, Sozialgeschichte der europäischen Arbeiterbewegung, 10. A. Frankfurt am Main 1975, 52 als "gelb" bezeichnet.

22 So ab 1907 im "Bund vaterländischer Arbeitervereine" (Mattheier, 90ff.) bzw. im "gelben Arbeiterbund" (Mattheier, 104ff.), ab 1910 im "Bund der deutschen Werkvereine" (Mattheier, 112ff.) und ab 1914 im "Kartellverband Deutscher Werkvereine" (Mattheier, 125ff.). Der "Bund der deutschen Werkvereine" und der "Kartellverband Deutscher Werkvereine" waren die beiden Hauptorganisationen, die sich im übrigen bekämpften. Ende November 1918 erfolgte die Umwandlung des "Bundes der deutschen Werkvereine" in den "Deutschen Arbeiterbund", woraus 1924 der "Reichsbund vaterländischer Arbeitervereine (RvA)" entstand, vgl. Hoffmann, 8 und Mattheier, 326 (Schaubild).

halt, wurden jedoch nach wie vor als TV-Parteien von den grossen Gewerkschaften bekämpft²³. Dies zeigt, dass die Werkvereine vorab wegen ihrer "gelben" Gesinnung und weniger wegen ihrer betrieblichen Beschränkung nicht als Gewerkschaften anerkannt wurden.

Da sich "gelbe" Gewerkschaften und "ideologische" Werkvereine auch in andern Ländern finden lassen²⁴, können sie als ein allgemeines Phänomen der Gewerkschaftswelt angesehen werden, wobei die "gelbe" Gesinnung bei Angestellten verbreiteter als bei Arbeitern sein dürfte²⁵.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Werkverein als betrieblich beschränkte AN-Koalition ein allgemeines Phänomen der Gewerkschaftsgeschichte ist, welches aus dem Koalitionsbedürfnis der AN einerseits und der Existenz betrieblich-technischer Arbeitsverbände andererseits entsteht. Dabei tritt der Werkverein in zwei Arten auf, nämlich als "neutraler" und als "ideologischer" Werkverein. Im Zusammenhang mit der Werkvereinsproblematik ist allerdings nur vom Werkverein als "gelber" Gewerkschaft, also nur vom "ideologischen" Werkverein die Rede. Wegen ihrer "gelben" Gesinnung und weniger wegen ihrer betrieblichen Beschränkung wurden denn auch die Werkvereine in Deutschland von den grossen Gewerkschaften bekämpft.

Seit dem Ende der Weimarer Zeit existieren in Deutschland keine Werkvereine mehr.

23 Vgl. o. Anm. 20; Mattheier, 219ff. 254.

24 Dazu z.B. Mattheier, 42ff.: England, USA, Frankreich, Schweiz; HDSW Art. "Gewerkschaften" (N. 2).

25 Vgl. dazu z.B. H. Hoischen, Adoptivkinder der Unternehmer – Werkvereine sollten vor 70 Jahren die Angestellten zersplittern, in: Wirtschaft und Wissen, die deutsche Angestellten Zeitschrift, hgg. DGB Köln-Deutz, 1973, Heft 6.3; 7/8. 17; 9. 15; 10. 15; 11. 18; 12. 19; vgl. auch Mattheier, 146ff.

§ 2 DAS RECHTSPROBLEM DER TARIFFÄHIGKEIT DES WERKVEREINS

I. Allgemeines

Rechtlich wurde das Phänomen des Werkvereines anfänglich so behandelt wie dasjenige der anderen Arten von AN-Koalitionen¹. Insbesondere konnten die Werkvereine Tarifverträge² abschliessen, welche *Werkstättenverträge*³ genannt wurden. Als es die AG in zunehmendem Masse⁴ vorzogen, Tarifverträge nur mit den AN des eigenen Betriebes abzuschliessen, erhob sich dagegen der Widerstand der *grossen Gewerkschaften*, welche Partei der Zentralarbeitsgemeinschaft waren. Sie argumentierten, die Werkvereine seien "gelb" und vom jeweiligen AG *abhängig*, weshalb sie nicht Partei eines Tarifvertrages sein könnten⁵.

Auch in der *Arbeitsrechtswissenschaft* begann man sich im Zusammenhang mit der Ausgestaltung eines Tarifrechts zu fragen, inwiefern Werkvereine einen TV ab-

- 1 Die AN-Koalitionen wurden durch das Straf- und Zivilrecht anfänglich diskriminiert, insbesondere durch Art. 152.3 der Gewerbeordnung von 1869, wonach die Koalitionsabrede zivilrechtlich ungültig und strafrechtlich verpönt war. Vgl. dazu z.B. HDSW, Art. "Koalitionsrecht" von Ramm; Kaskel Dersch, § 2 I, 9; Potthoff, Arbeitsrecht, 166. Dann wurden die AN-Koalitionen geduldet, d.h. weder unterdrückt noch gefördert, vgl. HDSW, Art. "Gewerkschaften" von G. Briefs (Theorie).
- 2 Als erster TV wird derjenige der Buchdrucker genannt, welcher jedoch im Rahmen einer Gemeinschaft (Harmonieverband) entstand, damit aber nach h.M. kein eigentlicher TV ist, vgl. z.B. Herschel, Fragen des Tarifrechts, BABI, 1950, 377. Den TV in unserem Sinne (Vertrag zwischen AG und AN) übernahmen die Gewerkschaften des Kontinents von den englischen trade unions, vgl. dazu z.B. B. und S. Webb, Geschichte des Britischen Trade Unionismus, 2. A. Stuttgart 1906.
- 3 Dazu G. Sulzer, 6 und 13; Entwurf zu einem Gesetz über den kollektiven Arbeitsvertrag (Tarifvertrag) von Sulzer/Lotmar, ausgearbeitet im Auftrage des Zentralkomitees des Schweiz. Grütlivereins, SozPrax XI 349ff., abgedruckt bei Sinzheimer, Arbeitsnormenvertrag, Erster Teil, Anhang, 115: TV entstehen "durch Vertrag eines Verbandes von Arbeitern, der auf Gemeinsamkeit der Werkstätte (Fabrik) oder des Berufes beruht ..."; vgl. auch Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens, Art. "Arbeiterausschüsse, Arbeiterkammern, Arbeitskammern" von W. Bohnstedt, 65 6: "Dagegen gingen einzelne Industrielle dazu über, in ihren Betrieben gewählte Arbeiterausschüsse zu bestellen, (denen) im Laufe der Zeit in vielen Fällen auch andere Befugnisse übertragen wurden, z.B. Mitbestimmung bei der Festsetzung der Arbeitsordnung, wohl auch der Arbeitslöhne und and. mehr." Vgl. auch Hug, Art. "Arbeitsrecht" im Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, I, 109. Vgl. auch u. § 7 III a Anm. 19.
- 4 Nämlich mit der zunehmenden Organisation der Arbeitnehmerschaft in grösseren Gewerkschaften, vgl. o. § 1 I Anm. 4.
- 5 Vgl. z.B. Sinzheimer, Reform, 170: "Ist ein Tarifvertrag mit einer gelben Gewerkschaft auch ein Tarifvertrag?"; derselbe, Arbeitstarifgesetz, 58, 62 (unabhängige Berufsvereine), und 64 (tariffähige Berufsvereine); C. Nörpel, SchliW 25, 163ff.; Umbreit, Forderungen, 29f.

schliessen können sollten⁶. Das Problem wurde unter dem Begriff der *Tariffähigkeit* abgehandelt, wobei postuliert wurde, Werkvereine und "gelbe" Gewerkschaften aus dem Tarifrecht auszuschalten⁷.

II. Werkverein und TVVO

Positiv-rechtlich wurde der Tarifvertrag erstmals durch die Tarifvertrags-Verordnung vom 23./30. Dezember 1918 geregelt⁸. Gemäss § 1 dieser Verordnung konnte Partei des TV auf AN-Seite jede "Vereinigung von Arbeitnehmern" sein.

Obwohl das Rechtsproblem erkannt war⁹, wurden die Werkvereine also nicht ausdrücklich als TV-Partei ausgeschlossen. Gerade wegen der positiv-rechtlichen Formulierung erklärte die h.M., insbesondere die Rechtsprechung des RAG, einen TV grundsätzlich für rechtsgültig, welcher von einem Werkverein abgeschlossen wurde. Ein solcher TV galt nur dann als ungültig, wenn die *Abhängigkeit* des betreffenden Werkvereins im *Einzelfall* erwiesen war¹⁰.

6 Dazu z.B. Kaskel, *Tariffähigkeit*, 1ff.; derselbe, *Zur Tariffähigkeit der Werkvereine*, AR 1927, 906ff.; Nipperdey, *Beiträge*, 120; Joerges, *Tariffähigkeit und Tarifberechtigung*, SchliW 26, 21ff.; Potthoff, *Tariffähigkeit als gesetzliche Eigenschaft*, SchliW 25, 141ff.; Sitzler, *Die Frage der Tariffähigkeit im künftigen Tarifvertragsgesetz*, NZfAR 1930, 77ff.

7 So z.B. Sinzheimer, *Arbeitstarifgesetz*, 55ff.; derselbe, *Grundzüge*, 70: Die Aktionen der Werkvereine seien gekennzeichnet durch eine Abhängigkeit, "in der die Werkvereinsmitglieder und ihre Organe aufgrund ihrer Arbeitsverträge stehen." Vgl. auch Herschel, *Tariffähigkeit*, 38; Sitzler (N.6), S. 80 und S. 84; Amtlicher Entwurf zu einem TVG in RABl. 1921, amtlicher Teil, 491ff., § 4 Abs. 2 (Vorschlag des Arbeitsrechtsausschusses): "Vereinigungen von Arbeitnehmern sind nur dann tariffähig, wenn sie 1. Die Mitgliedschaft nicht von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Betriebe abhängig machen..."; Sinzheimer verwendet in seinem Entwurf (vgl. *Arbeitstarifgesetz*, Anhang, § 2) den Ausdruck "Arbeiterberufsvereine"; a.M. Nipperdey, *Beiträge*, 120: die im TVG-Entwurf (RABl. 1921, amtlicher Teil, 491ff.) vorgesehene Überbetrieblichkeit entbehre eines stichhaltigen Grundes, sofern Unabhängigkeit gefordert werde.

8 RGBl. 1918, 1456ff. Näheres bei Molitor, *Kommentar*.

9 So z.B. Sinzheimer schon im September 1910 an der Verbandsversammlung des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Leitsatz (für die gesetzliche Regelung der Arbeits-Tarifverträge) V 1 a: Die Verbände "müssen tariffähig sein. Tariffähig ist jeder unabhängige Verband ...", zit. nach Potthoff, *Arbeitsrecht*, 148; vgl. auch Sinzheimer, *Reform*, 170.

10 Dazu ARS 4, 239 (RAG) und ARS 5, 217 (RAG); Kaskel (N. 6) sowie *Arbeitsrecht* 1925, 16, *Arbeitsrecht* 1928, 26, *Arbeitsrecht* 1932, 53; Molitor, *Kommentar*, § 1 N. 10; Hueck, *Recht des Tarifvertrages*, Berlin 1920, 30; Sinzheimer, *Grundzüge*, 71f.; Hardt, *Tariffähigkeit*, *Tarifwille*, *Tarifberechtigung*, SchliW 25, 204ff.; Schoppen, *Zur Tariffähigkeit*, SchliW 25, 121ff.

Überblick bei F. Goerrig, *Die Tariffähigkeit der Werkvereine in Rechtsprechung und Rechtsliteratur*, AR 1927, 945-950; Hueck/Nipperdey, § 6 II 5, 99 bei und in Anm. 35. Vgl. auch u. § 4 II, § 5 III A und B, insbes. Anm. 34, § 6 II C a.

III. Werkverein und TVG

Inhaltlich schliesst das TVG vom 11. Januar 1952 an die TVVO an. Auch dieses Gesetz erklärt nicht ausdrücklich, dass der Werkverein nicht Partei eines TV sein könne. Erforderlich ist nach § 2 Abs. 1 TVG allein, dass es sich um eine "Gewerkschaft" handelt. Die h.M. versteht aber unter "Gewerkschaft" nur *überbetrieblich organisierte AN-Koalitionen*¹³. Demzufolge kann der Werkverein, da er sich auf einen Betrieb beschränkt¹⁴, nach dem heute geltenden deutschen Recht keinen TV abschliessen¹⁴.

IV. Die Tariffähigkeit insbesondere

Die h.M. hat im Wege der *Auslegung* der massgebenden positiv-rechtlichen Begriffe – "Vereinigung von Arbeitnehmern" (TVVO) bzw. "Gewerkschaft" (TVG) – verschiedene Begriffsmerkmale entwickelt, die sich nicht mit dem gesetzlichen Wortlaut, sondern nur mit dem von der Lehre entwickelten *Begriff der Tariffähigkeit* erklären lassen.

11 BGBl. 1952, 19ff. mit – für das Problem der Werkvereine unwesentlichen – Änderungen vom 25. August 1969 (BGBl. I 1323) und vom 29. Oktober 1974 (BGBl. I 2879). Näheres vgl. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, Einleitung. Der durch den TV gepragte Kollektivismus im Arbeitsrecht wurde in der Zeit des Nationalsozialismus unterbunden, vgl. z.B. Kaskel/Dersch, § 2 III, 12.

12 *Grundlegend* hierzu: BVerfGE 4, 96ff., 106 (Entscheid vom 18. November 1954): Die in der Weimarer Zeit entwickelten Grundsätze, nämlich dass die Vereinigung frei gebildet, gegenfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarif- und Schlichtungsrecht als verbindlich anerkennen müsse, werden als Voraussetzungen echter arbeitsrechtlicher Vereinigungen bezeichnet. Näheres u. § 6 insbes. bei und in Anm. 29, 35–38 und 46.

Vgl. auch BVerfGE 18, 18ff., 28 (Bestätigung) und Überblick bei Wiedemann Stumpf, Kommentar, § 2 N. 163.

a.M.:

– gegen die Überbetrieblichkeit generell: E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A. Tübingen 1953/4, Bd. II, 370; Werkvereine seien Koalitionen, das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit sei verfassungswidrig.

– gegen die Überbetrieblichkeit, sofern tatsächliche Unabhängigkeit vorhanden: Däubler, Voraussetzungen der Gewerkschaftseigenschaft (Besprechung des BAGE 23, 32), ArbUR 1977, 281ff., 287; Bei der Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG seien die ratifizierten ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 zu berücksichtigen, die kein selbständiges Merkmal der "Überbetrieblichkeit" erwarnten; Lowisch, 314; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Beitrag zu einer Verfassungslehre, Stuttgart 1965, 176; Werkvereine seien geschützte Koalitionen; Sacker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, München 1969, 62; Wiedemann, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan, RdA 1969, 321ff., 325 Anm. 37; v. Münch, Art. 9 N. 40; Überbetrieblichkeit der Koalition sei nicht erforderlich, sofern sie unabhängig sei. Vgl. auch u. § 6 III B, C, D.

13 Vgl. o. § 1 I.

14 Aufgrund der §§ 2 Abs. 1 Nr. 6 und 97 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953, BGBl. I 1267) besteht ein besonderes Beschlussverfahren zur Entscheidung über die Tariffähigkeit, vgl. z.B. Söllner, § 39 III 1 c, 257.

Die Tariffähigkeit umschreibt eine *besondere Eignung* der TV-Parteien¹⁵, welche beispielsweise Sinzheimer mit den Worten umschreibt, dass die TV-Parteien so beschaffen sein müssten, "dass sie die Aufgaben erfüllen können, die sie durch den Tarifvertrag übernehmen und übernehmen wollen"¹⁶.

Die Tariffähigkeit wird als Sonderrechts-¹⁷ oder Sondergeschäftsfähigkeit¹⁸ verstanden. Sie ist für die AN-Koalitionen von praktischer Bedeutung, weil diese keine *juristische Persönlichkeit* erwerben wollen¹⁹. Die Bildung einer von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit abweichenden besonderen Tariffähigkeit kann damit gerechtfertigt werden, dass die TV-Parteien durch den Abschluss eines TV nicht nur gegenseitige obligatorische Rechte und Pflichten begründen, sondern auch eine Art von objektivem Recht für den Inhalt gewisser EAV schaffen²⁰. Den TV-Parteien steht damit *Tarifhoheit* bzw. *Tarifmacht* zu²¹.

Wie die *besondere Macht* der TV-Parteien den besonderen Begriff der Tariffähigkeit rechtfertigt²², so ist sie auch Grundlage für die Bildung von Tariffähigkeitsmerkmalen. Über Art und Anzahl dieser Merkmale sind die Meinungen geteilt²³.

Dem Werkverein wurde von allem Anfang an die Tariffähigkeit abgesprochen. Herschel beispielsweise hielt die Werkvereine nicht für geeignete Träger der Tarifmacht, "weil sie nicht gegnerrein, organisatorisch zu wenig bedeutend, ferner zu wenig zentralisiert, in ihrer Sozialauffassung zu wenig vom Gegensatz zwischen Kapital und Arbeit beeinflusst..." und der deutschen Sozialpolitik fremd waren²⁴.

Wie oben erwähnt²⁵, blieb diese Auffassung zur Zeit der TVVO nach h.M. ein Postulat. Sie wurde nur im Zusammenhang mit Sondergesetzen zum positiven Recht²⁶. Entscheidend für die Werkvereinsproblematik war, ob ein Werkverein im konkreten Fall *tatsächlich* von der Gegenseite *unabhängig* war. Dieses Erfordernis wurde aus dem Tariffähigkeitsmerkmal der *sozialen Gegenspieler*schaft gefolgert²⁷.

15 Flatow/Joachim, Kommentar zur Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923, Berlin 1924, 17, sprechen von "objektiver" Eignung.

16 So Sinzheimer, Reform, 183.

17 Die Tariffähigkeit ist kein überflüssiger, sondern ein notwendiger Begriff der Arbeitsrechtswissenschaft, vgl. Fröhlich, 13. Die Rechtsnatur der Tariffähigkeit ist allerdings umstritten, dazu z.B. Cornelssen, Von der Tariffähigkeit, BABl. 1952, 327ff. mit Verweisen. Vgl. auch o. § 2 I Anm. 6 und 7; vgl. auch u. § 5 II c Anm. 25 und § 5 IV D d Anm. 90.

18 Vgl. z.B. Herschel, Fragen des Tarifrechts, BABl. 1950, 378.

19 Dazu Umbreit, Forderungen, 27 und 37; Potthoff, Arbeitsrecht, 159; Söllner, § 10 III 1, 64: "Die Gewerkschaften wollten sich einer behördlichen Kontrolle nicht unterwerfen und verzichteten auf die Eintragung ins Vereinsregister. Dabei ist es geblieben, obgleich der Hinderungsgrund seit der Weimarer Verfassung entfallen ist ..."

20 Näheres vgl. u. § 5 II A, § 5 III und § 5 IV B.

21 Näheres vgl. u. § 5 IV E.

22 Vgl. o. Anm. 17; vgl. auch u. § 5 II B bei Anm. 23.

23 Dazu z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 94ff.; Söllner, § 16 I 1 a, 117.

24 So Herschel, Tariffähigkeit, 38.

25 Vgl. o. § 2 I Anm. 7 und § 2 II Anm. 10.

26 Vgl. z.B. Art. 161 des Deutsch-Polnischen Abkommens über Oberschlesien vom 15. Mai 1923 (RGBl. 1923 II 237), dem aber völkerrechtlicher und nicht arbeitsrechtlicher Charakter zuzumessen ist; § 184 des Reichknappschaftsgesetzes vom 1. Juli 1926 (RGBl. 1926 I 369).

27 Dazu o. § 2 II Anm. 10 und u. § 5 III A. Vgl. auch insbes. Kaskel, Tariffähigkeit, 4f.

Nach der h.M. zum geltenden Recht ist der Werkverein von der Tarifmacht ausgeschlossen, weil die TV-Partei auf AN-Seite *überbetrieblich organisiert* sein muss²⁸. Auch dieses Erfordernis kann auf das Tariffähigkeitsmerkmal der sozialen Gegenspielererschaft zurückgeführt werden²⁹. Die Überbetrieblichkeit gilt jedoch als *selbständiges Merkmal*³⁰.

Im Gegensatz zum Tariffähigkeitsmerkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit bzw. der sozialen Gegenspielererschaft schliesst dasjenige der Überbetrieblichkeit den Werkverein als TV-Partei generell aus. Damit entspricht das geltende Recht im Unterschied zum Recht der Weimarer Zeit dem seinerzeitigen Postulat, dem Werkverein die Tariffähigkeit zu versagen.

V. Zusammenfassung

Das *Phänomen* des Werkvereins wird im Zusammenhang mit der Frage, wer Partei eines TV sein könne, arbeitsrechtlich besonders erfasst. Mit Hilfe des Begriffes der Tariffähigkeit wird nämlich der Werkverein für *tariffunfähig* erklärt, weil er "gelb" und daher nicht genügend *unabhängig* von der AG-Seite sei.

Diese Aussage ist jedoch *rechtspolitisch* begründet. Denn das positive Recht kennt den Begriff der Tariffähigkeit nicht. Für die Beantwortung der Frage, wer auf AN-Seite Partei eines TV sein könne, verwendet es die Begriffe der Vereinigung von AN (TVVO) bzw. der Gewerkschaft (TVG).

In *Auslegung* der positiv-rechtlichen Begriffe wurden dann allerdings durch die h.M. Merkmale gebildet, welche sich nur so erklären lassen, dass sie auf dem Begriff der Tariffähigkeit beruhen. Für die Werkvereinsproblematik entscheidend ist das Tariffähigkeitsmerkmal der *sozialen Gegenspielererschaft*.

Während hieraus unter der Herrschaft der TVVO, gestützt auch auf die weite Fassung des Wortlautes³¹, das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit abgeleitet wurde, wird unter dem heute geltenden TVG das Überbetrieblichkeitsmerkmal gefolgert. Daher kann der Werkverein generell nicht mehr Partei eines TV sein. Dies bedeutet, dass die postulierte Ausschlussung des Werkvereins von der Tariffähigkeit zum positiven Recht geworden ist, allerdings nicht Kraft ausdrücklicher Norm, sondern nur auf dem Wege der Auslegung. Dabei ist das positive Recht mit Hilfe des rechtstheoretischen Begriffes der Tariffähigkeit weiterentwickelt worden.

28 Vgl. o. § 2 III Anm. 12.

29 Vgl. u. § 5 III A. Die Überbetrieblichkeit ergibt sich auch aus der Arbeitskampffähigkeit – vgl. u. § 5 III A Anm. 29–31 und Anm. 35–, die sich ebenfalls auf die soziale Gegenspielererschaft zurückführen lässt, aber nicht erforderlich ist, vgl. z.B. Wiedemann Stumpf, Kommentar, § 2 N. 189ff. und BVerfGE 18, 18ff. Sie könnte auch aus dem vom BAG entwickelten Tariffähigkeitsmerkmal der Fähigkeit, "einen wirkungsvollen Druck auf den Gegenspieler auszuüben" (so kritisch Söllner § 16 I 1 a, 117 bei und in Anm. 4) abgeleitet werden. Auch auf diesem Wege wäre jedoch die Überbetrieblichkeit auf ein bestimmtes Verständnis der sozialen Gegenspielererschaft zurückzuführen. Vgl. auch Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 193ff.

30 Dazu neben den o. § 2 III Anm. 12 Erwähnten Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 163ff.

31 Dazu insbes. Molitor, Kommentar, § 1 N. 7 und 10; Sinzheimer, Grundzüge, 71f.

Eine genauere Begründung dieser *Rechtsfortbildung* ist nicht sofort ersichtlich. Unklar ist insbesondere das Verhältnis des positiv-rechtlichen Begriffs der Gewerkschaft zum rechtstheoretischen Begriff der Tariffähigkeit. Diese Unklarheit liegt im Begriff der Tariffähigkeit begründet, welcher auf zwei verschiedene Arten verwendet wird, nämlich einerseits zur Umschreibung der *postulierten* Anforderungen, anderseits zur Bezeichnung der *positiv-rechtlichen* Merkmale der TV-Partei. Um nicht auf dieser Unklarheit aufzubauen, wird im folgenden nicht der mehrdeutige Begriff der Tariffähigkeit, sondern der positiv-rechtliche Begriff der Gewerkschaft näher untersucht. Ist dabei von der Tariffähigkeit des Werkvereins die Rede, so wird darunter die Tariffähigkeit im positiv-rechtlichen Sinne³² verstanden.

32 Der Begriff der Tariffähigkeit dient also zur Umschreibung der Anforderungen an die TV-Partei aufgrund der Ausgestaltung des positiven Rechts.

2. KAPITEL

TARIFUNFÄHIGKEIT DES WERKVEREINS: BEGRÜNDUNG UND ANALYSE

§ 3 ALLGEMEINES

Nach h.M. ist der Werkverein tarifunfähig, weil er keine Gewerkschaft im Sinne des TVG ist¹. Der Werkverein ist eine betrieblich beschränkte AN-Koalition². Es muss somit begründet werden können, dass die Überbetrieblichkeit ein Gewerkschaftsmerkmal ist. Diese Begründung soll im folgenden gesucht werden.

Ist die Begründung gefunden, so soll sie analysiert werden. Da es um die Konkretisierung eines positiv-rechtlichen Begriffes – “Gewerkschaft” – geht, ist dabei vorab die Übereinstimmung der Begründung mit dem positiven Recht zu prüfen. Diese Untersuchung drängt sich umso mehr auf, als das Merkmal der Überbetrieblichkeit im Wege der Rechtsfortbildung vom Postulat zum positiven Recht geworden ist. Mit der Analyse soll aber auch aufgezeigt werden, welche Gesichtspunkte für die Tarifunfähigkeit des Werkvereins massgebend sein können.

Da die Rechtsentwicklung vom Stand der Weimarer Zeit ausgeht³, sind die entsprechenden Erkenntnisse in die Untersuchung miteinzubeziehen.

1 Vgl. o. § 2 III Anm. 12–14 und § 2 IV Anm. 28–30.

2 Vgl. o. § 1 I.

3 Vgl. o. § 2 III Anm. 12 (BVerfGE).

§ 4 ENTSTEHUNGSGESCHICHTLICHER ANSATZPUNKT

I. Allgemeines

Unter dem entstehungsgeschichtlichen Ansatzpunkt können diejenigen Meinungen zusammengefasst werden, welche festhalten, das Gesetz wolle durch die Verwendung des Wortes "Gewerkschaft" bewusst den Werkverein als TV-Partei ausschliessen. Dabei lassen sich drei Ansichten auseinanderhalten.

Eine Ansicht beruht auf einer eigentlichen entstehungsgeschichtlichen Interpretation des Gewerkschaftsbegriffes. Eine andere Meinung stützt sich bei der Auslegung des Gewerkschaftsbegriffes auf den Sprachgebrauch. Die dritte Auffassung beruht auf einer phänomenologischen Interpretation.

II. Die Entwicklung vom Begriff der Vereinigung von AN zum Begriff der Gewerkschaft

A. Vereinigung von AN

Unter der Geltung der TVVO vertrat eine Mindermeinung in der Lehre die Ansicht, Vereinigungen von AN seien nur *echte Gewerkschaften*. Da der Werkverein keine echte Gewerkschaft sei, könne er nicht tariffähig sein¹.

Begründet wurde diese Gesetzesinterpretation damit, dass die gesetzliche Regelung auf der Zusammenarbeit der Arbeitsmarktparteien in der *Zentralarbeitsgemeinschaft*² beruhe³. Unter Gewerkschaften seien daher nur echte Gewerkschaften zu verstehen, d.h. Gewerkschaften vom Typ derjenigen, welche an der Zentralarbeitsgemeinschaft beteiligt waren. Im Vertrag über die Zentralarbeitsgemeinschaft seien denn auch die Werkvereine ausgeschlossen worden⁴.

Gegen diese Auffassung sprachen vorab zwei Gründe. Zum einen schloss die *eindeutige und klare* Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmung eine der-

1 So z.B. Nörpel, 610. Diese Meinung vertrat neben dem sozialpolitischen Ausschuss des vorläufigen Reichswirtschaftsrates auch das Reichsarbeitsministerium: Mattheier, 254f. Die h.M. betrachtete den Werkverein als Vereinigung von AN, so z.B. Molitor, Kommentar, § 1 N. 10: "Die Frage ist vom rechtspolitischen Standpunkt aus ... ausserordentlich umstritten ... Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus wird die grundsätzliche Tariffähigkeit der Werkvereine überwiegend bejaht." Eine Zusammenstellung der Meinungen findet sich bei F. Goerring, Die Tariffähigkeit der Werkvereine in Rechtsprechung und Rechtsliteratur, AR 1927, 946ff.; vgl. auch o. § 2 II Anm. 10 und § 2 IV Anm. 27.

2 Vgl. o. § 2 I Anm. 5.

3 Vgl. o. Anm. 1 und Hoffmann, 27f. mit Verweisen.

4 Der Passus im Vertrag lautete: "Die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände werden die Werkvereine (die sogenannten wirtschaftsfriedlichen Vereine) fortan vollkommen sich selbst überlassen und sie weder mittelbar noch unmittelbar unterstützen", zit. nach Mattheier, 296 bei Anm. 24.

artige Interpretation aus. So wurde nachgewiesen, dass bei den gesetzgeberischen Beratungen gerade nicht an den Gewerkschaftsbegriff im Sinne der Zentralarbeitsgemeinschaft gedacht wurde⁵. Der Ausdruck "Vereinigung von Arbeitnehmern" sei vielmehr Gesetz geworden, weil er sich schon in der Gewerbeordnung befunden habe⁶. Zudem habe man der tatsächlichen Entwicklung Raum lassen wollen⁷.

Zum andern war unter dem *legalistischen Gesichtspunkt* fraglich, ob im Wege der Gesetzesauslegung auf eine privatrechtliche Willenseinigung, wie sie der Vertrag über die Zentralarbeitsgemeinschaft darstellte, abgestellt werden konnte⁸.

B. Gewerkschaft

Im Gegensatz zur TVVO verwendet das TVG nicht mehr den Begriff der Vereinigung von AN, sondern denjenigen der Gewerkschaft. Es fragt sich daher, ob das TVG nur echte Gewerkschaften als TV-Partei zulassen wolle, d.h., ob die seinerzeitige Mindermeinung zur gesetzlichen Meinung geworden ist.

Dies wird von einigen Autoren bejaht. Die Begründung erfolgt allerdings nicht mit einem Hinweis auf den *Begriff der echten Gewerkschaft*. Es wird vielmehr geäußert, mit dem Gewerkschaftsbegriff wolle das Gesetz die von der Lehre entwickelten Grundsätze über die Tariffähigkeit von AN-Koalitionen⁹ zum positiven Recht erklären¹⁰. Damit wäre das zur Zeit der TVVO von der h.M. nur postulierte Merkmal der Überbetrieblichkeit¹¹ zum geltenden Recht geworden.

Auf den ersten Blick erscheint diese entstehungsgeschichtliche Interpretation des Gewerkschaftsbegriffes überzeugend. Verschiedene Umstände, die im Rahmen der Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen sind, sprechen jedoch gegen eine derartige Interpretation.

So verwenden die *Entwürfe* zu einem TVG und die *Spezialgesetze* der Weimarer Zeit den Gewerkschaftsbegriff nicht, um damit den Werkverein als TV-Partei auszuschalten. Es wird vielmehr *ausdrücklich* das Merkmal der überbetrieblichen Organisation der TV-Partei auf AN-Seite vorgeschlagen bzw. verlangt¹². Es hätte daher nahe gelegen, auch im TVG das Merkmal der Überbetrieblichkeit zu statuieren, wenn man die Werkvereine hätte ausschalten wollen.

5 So z.B. Molitor, Kommentar, § 1 N. 7; Hueck, Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920, 30.

6 Nämlich in § 152 der Gewerbeordnung von 1869.

7 Daher wurde der TV auch nur in einer Verordnung, und nicht in einem Gesetz geregelt. Dem Erlass der TVVO vom 23./30. Dezember 1918 war die Novemberrevolution 1918 vorangegangen, so dass sich die Entwicklung noch im Flusse befand. Näheres zur Entwicklung des Begriffes der Vereinigung bei Ramm, Koalitionsbegriff, 412ff.

8 Hoffmann, 28 mit weiteren Verweisen.

9 Vgl. o. § 2 IV.

10 So z.B. Schnorr, Gewerkschaftsbegriff, 377f.; derselbe, Bundesverfassungsgericht, 3; Cornelssen, Von der Tariffähigkeit, BABI. 1952, 327ff., 331: "Der Gesetzgeber hat also mit dem auf Arbeitnehmerseite geänderten Begriff der Gewerkschaften zum Ausdruck bringen wollen, dass er die mit diesem Begriff verbundenen Merkmale, wie sie sich aus der gesamten koalitionsrechtlichen Entwicklung ergeben, für die Voraussetzungen der Tariffähigkeit angewendet sehen will ..."

11 Vgl. o. § 2 II.

12 Vgl. o. § 2 I Anm. 7 und § 2 IV Anm. 26.

Daneben erhellt auch die Existenz des Begriffes der *echten* Gewerkschaft, welcher den Werkverein nicht einschliesst, dass die *Gewerkschaft im Sinne des TVG* ein umfassenderer Begriff sein muss.

Schliesslich ergibt sich aus den *Materialien* zum TVG, dass der Gesetzgeber nichts Neues schaffen, sondern "vielmehr Konventionelles übernehmen" wollte¹⁷. Eine vom Gesetz beabsichtigte inhaltliche Veränderung in dem Sinne, dass Werkvereine unter dem TVG nicht mehr tariffähig sein sollten, lässt sich daher aus der eigentlichen Entstehungsgeschichte des Gewerkschaftsbegriffes nicht ableiten.

III. Das Gewerkschaftsverständnis nach dem allgemeinen Sprachgebrauch

Es ist möglich, dass das Gesetz mit der Verwendung des vergleichsweise untechnischen¹⁴ Gewerkschaftsbegriffes auf den Gewerkschaftsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauches verweisen will¹⁵. Es ist daher zu untersuchen, ob der allgemeine Sprachgebrauch unter Gewerkschaften nur überbetrieblich organisierte AN-Koalitionen verstehe, so dass aus diesem Grunde der Werkverein keine Gewerkschaft wäre. Wird der Gewerkschaftsbegriff unabhängig vom Arbeitsrecht¹⁶ im Rahmen einer Gewerkschaftstheorie definiert, so fehlt das Merkmal der Überbetrieblichkeit. Hier werden nämlich die Gewerkschaften umschrieben als "freie, der Absicht nach dauernde, im Innenverhältnis solidarische, nach aussen kartellarische Interessensverbindungen auf abhängiges Einkommen gestellter Sozialgruppen"¹⁷ oder als "autonome Verbände von Lohnarbeitern und Angestellten, die durch Organisation ihre Marktlage zu verbessern streben"¹⁸.

Auch aus Formulierungen von *Gewerkschaftern* und *Arbeitsrechtlern* lässt sich schliessen, dass ein allgemeiner Sprachgebrauch fehlt, welcher unter Gewerkschaften nur überbetrieblich organisierte AN-Koalitionen verstünde. Wäre nämlich die Gewerkschaft nach allgemeinem Sprachgebrauch überbetrieblich organisiert, müsste nicht differenzierend von "gelben"¹⁹, "unabhängigen"²⁰ oder "echten"²¹ Gewerk-

13 So Herschel, JuS 1978, 525; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 94.

14 Untechnisch ist der Begriff im Vergleich mit demjenigen der Vereinigung in dem Sinne, dass es sich nicht um einen Begriff aus der bestehenden Rechtsordnung handelt, sondern um einen Begriff aus der Praxis.

15 So Herschel, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZfA 1973, 183ff.

16 Gemeint ist eine Definition nach anderen als arbeitsrechtlichen Kriterien, wie dies z.B. der Fall ist bei G. Briefs, Internationale Gewerkschaftsbewegung, in: Propylaen-Weltgeschichte, hgg. von G. Mann, Berlin, Frankfurt, Wien, Bd. 10, 1961, 438ff., welcher zwischen klassischer (Duldung durch das Recht) und befestigter (Forderung durch das Recht) Gewerkschaft unterscheidet.

17 G. Briefs, Art. "Gewerkschaftstheorie" im Handwörterbuch des Gewerkschaftswesens, 696.

18 G. Briefs, Art. "Gewerkschaften" 1, HDSW, 545; im selben Sinne, vom Begriff des Tarifvertrages ausgehend, Lotmar, 767: Der Koalitionszweck bestehe in der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen.

19 So z.B. Nestriepke, Bd. 2, 142ff.; K.Fugger, Geschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung, Neudruck der Ausgabe 1949, Westberlin 1971, 60.

20 So z.B. Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz, 58ff.; Umbreit, Forderungen, 29.

21 So z.B. Nörpel, 610; vgl. auch o. § 4 II A bei Anm. 1.

schaften gesprochen werden, sondern diese Adjektive würden sich erübrigen. Gerade die Existenz der genannten Bezeichnungen belegt, dass der allgemeine Sprachgebrauch einen *weiten* Gewerkschaftsbegriff mit verschiedenen Gewerkschaftsarten kennt, worunter auch der Werkverein als betrieblich beschränkte Gewerkschaft fällt.

Aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauches lässt sich somit die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal nicht rechtfertigen.

IV. Phänomenologische Interpretation

A. Begriffliches

Nach einer verbreiteten Meinung ist der Werkverein aufgrund der phänomenologischen Interpretation des Gewerkschaftsbegriffes keine Gewerkschaft im Sinne des TVG²². Bei der phänomenologischen Interpretation handelt es sich um eine Methode, nach welcher die Rechtsbegriffe aufgrund von *Entstehungsgeschichte* und *Selbstverständnis* der rechtlich zu *definierenden Phänomene* gebildet werden. Dadurch soll eine Verkennung der Phänomene durch eine rein rationalistische Betrachtungsweise vermieden werden²³.

B. Folgerungen für die Tariffähigkeit des Werkvereins

Nach der phänomenologischen Methode sind die Werkvereine keine Gewerkschaften, weil sie "in ausgesprochenem *Gegensatz* zu den bisherigen wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitnehmer geschaffen worden" sind²⁴.

Bei der Anwendung der phänomenologischen Methode wird also die Tatsache rechtlich bedeutsam, dass es im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung des Gewerkschaftswesens "ideologische" Werkvereine gibt, die von den übrigen Gewerkschaften bekämpft werden²⁵. Der Werkverein ist danach keine Gewerkschaft, weil er von den übrigen Gewerkschaften *nicht* als solche *anerkannt* wird. Für die deutschen Verhältnisse fließt auf diesem Wege die Auffassung der Zentralarbeitsgemeinschaft, wonach Werkvereine als "gelbe" Gewerkschaften auszuschalten seien²⁶, ins positive Recht ein.

C. Kritik

Ist die phänomenologische Methode massgebend, so kann mit ihr die Überbetrieblichkeit als Merkmal des Gewerkschaftsbegriffes begründet werden, da der Werkver-

22 Hauptvertreter dieser Ansicht ist Nipperdey, Hueck/Nipperdey, § 6 II 5, 99f.

33 Löwisch, 298 mit Verweisen.

24 Hueck/Nipperdey, § 6 II 5, 99.

25 Vgl. o. § 1 II, III, IV. Phänomenologischer Betrachtungsweise entspricht es wohl auch, dass die Existenz "neutraler" Werkvereine nicht berücksichtigt wird, weil solche Werkvereine unter dem Gesichtspunkt des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses als weniger bedeutsam erscheinen.

26 Vgl. o. § 4 II A Anm. 4 und 5.

ein von den übrigen Gewerkschaften tatsächlich bekämpft wurde²⁷. Allerdings wird hierbei der Gewerkschaftsbegriff *auf die Weimarer Zeit fixiert* und nicht dem sich wandelnden gewerkschaftlichen Selbstverständnis angepasst, was der Methode widerspricht. Nicht berücksichtigt werden nämlich insbesondere die Tatsachen, dass die Zentralarbeitsgemeinschaft 1924 zusammengebrochen ist²⁸ und sich das gegenseitige Verhältnis der Arbeitsmarktparteien zwischenzeitlich stark verschlechtert hat, indem eine *Entwicklung von der Sozialgegnerschaft weg zur Sozialpartnerschaft* hin erfolgte²⁹. Wegen ihrer "gelben" Gesinnung oder wegen der gemeinsamen Ablehnung durch die übrigen Gewerkschaften könnten daher die Werkvereine bei phänomenologischer Betrachtungsweise heutzutage kaum mehr als Gewerkschaften ausgeschlossen werden. Die Werkvereine wären höchstens deshalb keine Gewerkschaften, weil es sie in Deutschland nicht mehr gibt³⁰.

Die erwähnte phänomenologische Interpretation übersieht zudem, dass Werkvereine auch in "neutraler" Form existierten³¹.

Kann mit der phänomenologischen Methode das Überbetrieblichkeitsmerkmal des Gewerkschaftsbegriffes vorab deshalb gerechtfertigt werden, weil es heutzutage keine Werkvereine mehr gibt, so stellt sich die weitere Frage, ob diese Methode positiv-rechtlich zulässig sei. Eine klare positiv-rechtliche Aussage zu dieser Frage fehlt³². Aufgrund der phänomenologischen Interpretationsmethode können die Gewerkschaften ihre rechtliche Stellung bis zu einem gewissen Grade selbst bestimmen³³. Da auf diese Weise der Wille der Betroffenen zur Geltung kommen kann, wird das Selbstverwaltungsmoment besonders berücksichtigt, welches für die rechtlich geschützte Tätigkeit der Gewerkschaften bezeichnend ist³⁴. Dies spricht für die Anwendung der phänomenologischen Betrachtungsweise.

27 Vgl. o. § 1 III, IV.

28 Furtwängler, 61.

29 Insbesondere durch das Mitbestimmungsgesetz betreffend Unternehmen des Bergbaus und der Stahl erzeugenden Industrie vom 21. Mai 1951 (BGBl. I 347) und das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (BGBl. I 1153). Dazu Schnorr, Der Koalitionsbegriff in der Montanindustrie, RdA 1954, 166ff., 169 70: Es "ist an den allgemein anerkannten Voraussetzungen für die ... Tariffähigkeit in der Regel festzuhalten. Eine vernünftige Lockerung dieser Voraussetzungen erscheint aber dort sinnvoll und notwendig, wo ein Funktionswandel der 'sozialen Gegenspieler' insbesondere eine Überwindung des Klassenkampfes und ein Hinstreben zur Arbeitsgemeinschaft, getragen vom Willen *beider* Sozialpartner, konkret sichtbar wird." Ebenso Nipperdey, Das Erfordernis der Gegnerfreiheit bei Koalitionen, in: Festschrift Möhring, 1965, 87ff., 113.

30 Vgl. o. § 1 III Anm. 19.

31 Solche Werkvereine waren als Parteien von Werkstättenverträgen im Tarifwesen bedeutsam, vgl. o. § 1 II und § 2 I Anm. 3.

32 Es fragt sich, ob in der Verwendung des untechnischen Begriffes der Gewerkschaft ein Hinweis auf die Anwendung der phänomenologischen Methode gesehen werden könnte. Vgl. auch u. Anm. 36 zum Problem des eigenständigen Sozialrechts.

33 Phänomenologisch relevant ist das Ziel, welches sich die Gewerkschaften setzen, Löwisch, 298. Dies ergibt sich auch aus der Verbandstheorie, vgl. u. § 5 IV D d.

34 Als AN-Koalition beruht die rechtliche Stellung der Gewerkschaft auf der Koalitionsfreiheit, welche die Tarifaufonomie und das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung garantiert. Näheres vgl. u. § 6 III B.

Indem die phänomenologische Interpretationsmethode zu einer Konkretisierung der Rechtsbegriffe durch die gesellschaftliche Wirklichkeit führt, entspricht sie der *soziologischen Methode* von Sinzheimer bzw. – auf die Gewerkschaftsproblematik bezogen – dessen *Verbandstheorie*³⁵. Diese Betrachtungsweisen wiederum beruhen auf der Annahme, es existiere ein eigenständiges Sozialrecht. Unter *eigenständigem Sozialrecht* wird hier das Recht verstanden, welches im Sinne der Sinzheimerischen Verbandstheorie von Verbänden (Gruppen, Kollektiven) mit originärer Autonomie und besonderer Berücksichtigung des Faktischen geschaffen und getragen wird, wobei sich der Individualwille dem Kollektivwillen unterzuordnen hat und den Verbänden eine derartige Rechtsgestaltungsmacht eingeräumt wird, dass sich eine neue, zwischen öffentlichem und privatem Recht stehende – eigenständige – Rechtskategorie entwickelt³⁶. Nur die Existenz eines eigenständigen Sozialrechts rechtfertigt den besonderen, rechtsgestaltenden Einfluss der Gewerkschaften, welcher bei den genannten Betrachtungsweisen zum Ausdruck kommt.

Ein derartiges Sozialrecht fehlt jedoch nach h.M. in der geltenden Rechtsordnung³⁷, was in entscheidender Weise gegen die Anwendung der phänomenologischen Interpretationsmethode spricht.

Da der Rechtsbegriff immer dem Phänomen angepasst werden müsste³⁸, würde die strikte Anwendung der Methode überdies Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit belasten. Die Methode führt auch insofern zu unklaren Ergebnissen, als zu wenig offenkundig ist, welche Merkmale eines Phänomens im Rahmen der phänomenologischen Begriffsbildung von Gewicht sind³⁹.

35 Die "soziologische Methode, indem sie das Rechtsleben durchstreift, bringt in die Ruhe des seitherigen Betriebes der Privatrechtswissenschaft den Widerschein aller Ereignisse und Vorgänge, die dieses Leben enthält", so Sinzheimer, *Die soziologische Methode in der Rechtswissenschaft*, Jena 1909, 28. Zur Sinzheimerischen Verbandstheorie vgl. u. § 5 IV D d. Die gleichen Gedanken spielen beim TV-Prinzip der sozialen Selbstverwaltung, vgl. u. § 5 III B.

36 Nicht gemeint ist hier der heute vorherrschende formelle Begriff des Sozialrechts, welcher als Sozialrecht die Rechtsbereiche des Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts (Sozialrecht i.w.S.) bzw. den Bereich des Sozialversicherungsrechts (Sozialrecht i.e.S.) meint, vgl. dazu F. Schmid, *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz*, Berlin 1981, insbes. 162, 180f., 191f. Unter Sozialrecht soll hier auch nicht das Recht verstanden werden, welches, gestützt auf den Sozialstaatsgedanken, den sozialen Ausgleich zum Gegenstand hat. Gemeint ist vielmehr das durch Kollektive (Verbände, Gruppen als soziale Mächte) geschaffene Recht, welches sich zu einer eigenständigen Rechtskategorie entwickelt und so den Dualismus zwischen öffentlichem und privatem Recht sprengt, vgl. etwa J.J.M. van der Ven, *Die Überwindung der traditionellen Zweiteilung von öffentlichem und privatem Recht, besonders an Hand des Arbeitsrechts*, in: *Festschrift für Hans C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München und Berlin 1965, Bd. 2, 681ff., 683, 686f.; Schmid, a.a.O., 188ff.

37 Dazu van der Ven (N. 36), S. 689 Anm. 8 mit Verweis auf die h.M., welche gegen die Annahme eines eigenständigen Sozialrechts ist; Schmid (N. 36), S. 412 Anm. 38–39; Kaskel/Dersch, § 1 III 1 c, 4 Anm. 5.

38 Damit dem Zweck des Phänomens Rechnung getragen werden kann, Löwisch, 298.

39 Es ist beispielsweise nicht ohne weiteres verständlich, wieso bei der Werkvereinsproblematik nur von "gelben" ("ideologischen") Werkvereinen die Rede ist, obwohl es auch "neutrale" Werkvereine gab.

Den Einwänden kann m.E. dadurch begegnet werden, dass die phänomenologische Methode nicht als *einzig* massgebende Auslegungsmethode⁴⁰ verwendet wird, sondern *nur* das Gewicht eines Auslegungselementes erhält, welches der Ergänzung durch andere Auslegungselemente bedarf⁴¹.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal nur beschränkt aus der Entstehungsgeschichte im weitesten Sinne⁴² gewonnen werden kann.

Aus der Entwicklung der massgebenden positiv-rechtlichen Begriffe ergeben sich keine Anhaltspunkte. Ein einheitlicher allgemeiner Sprachgebrauch, der unter Gewerkschaften nur überbetriebliche AN-Koalitionen verstünde, existiert nicht. Nur wenn anstelle des *allgemeinen* Sprachgebrauches die Meinung der *Betroffenen* im Sinne der phänomenologischen Betrachtungsweise zur Geltung kommt, ist der Werkverein keine Gewerkschaft, da er von den grossen Gewerkschaften bekämpft wurde und heute nicht mehr existiert. Weil jedoch die phänomenologische Methode mangels eines eigenständigen Sozialrechts im geltenden Recht zu wenig verwurzelt ist, kann sie m.E. nicht als entscheidende Methode Anwendung finden, sondern nur als eine Interpretationsmöglichkeit neben anderen.

40 Meier-Hayoz, N. 140ff.

41 Meier-Hayoz, N. 179ff.

42 Die Interpretation mit Hilfe des Sprachgebrauchs und die phänomenologische Methode sind insofern entstehungsgeschichtlich, als sie die Entstehung des Begriffes der Gewerkschaften untersuchen, nämlich unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Sprachgebrauchs bzw. unter demjenigen des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses.

§ 5 GEWERKSCHAFT UND TARIFVERTRAG

I. Allgemeines

Der positiv-rechtliche Begriff der Gewerkschaft bestimmt, wer TV-Partei auf AN-Seite sein kann. Bei einer systematischen¹ Konkretisierung des Gewerkschaftsbegriffes ist daher mit der Prüfung der Frage zu beginnen, inwiefern sich die Überbetrieblichkeit als Merkmal der Gewerkschaft aus dem TV gewinnen lasse. Dieser Ansatzpunkt drängt sich auch auf, wenn man vom wissenschaftlichen Begriff der Tariffähigkeit ausgeht².

Im folgenden wird vorerst untersucht, was sich aus dem *Wortlaut* der gesetzlichen Umschreibung des TV folgern lässt. Sodann werden die Begründungen aus dem *Wesen* des TV vorgestellt und gewürdigt.

II. Begründungen aus dem Wortlaut der Umschreibung des TV

A. Der TV als positiv-rechtlicher Begriff

Aus dem gesetzlichen Wortlaut ergibt sich als ein hervorstechendes Merkmal des TV, dass durch Abschluss eines TV Normen mit zwingender Wirkung geschaffen werden können³. Der TV weist einen schuldrechtlichen und einen normativen Teil auf, wobei der *normative Teil den Unterschied* zu anderen Verträgen ausmacht⁴. Im *schuldrechtlichen Teil* wird das Verhältnis der TV-Parteien zueinander geregelt⁵. Der *normative Teil* enthält Rechtsnormen, welche "Mindestbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer ... (festsetzen) und ... zwingend und unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen ..." einwirken⁶. Obwohl die TV-Parteien Rechtsnormen setzen können, sind sie *keine öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekte*, denen Rechtssetzungsmacht delegiert worden wäre. Die TV-Parteien behalten vielmehr ihren *privatrechtlichen Status*, insbesondere ihre Privatautonomie⁷. In dieser rechtlichen Stellung der TV-Parteien liegt ein *rechtssystematischer Widerspruch*. Denn im geltenden Rechtssystem kann Rechtssetzungsmacht nur an öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte delegiert

1 Die Konkretisierung erfolgt aus dem systematischen Zusammenhang im Unterschied zur entstehungsgeschichtlichen Konkretisierung.

2 Vgl. o. § 2 IV.

3 Dazu z.B. Söllner, § 15 II, 108ff.

4 Ein Vertrag mit zwingender Wirkung für Unbeteiligte, also zu Lasten Dritter, ist im System des Schuldvertragsrechts unmöglich. Im Gegensatz zu früher wird heute die Normativwirkung des TV nicht mehr als wesentlich, sondern nur noch als typisch betrachtet, Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 1 N. 9ff., N. 13.

5 Söllner, § 16 III 1, 121.

6 Söllner, § 16 III 2, 122.

7 Hueck/Nipperdey, § 18 I, 339ff.; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 1 N. 15; Söllner, § 10 III und IV, 64ff.

werden⁸. Dieser Widerspruch existiert kraft positiven Rechts, weshalb es sich beim TV um einen *positiv-rechtlichen Begriff* handelt⁹. Die mangelnde Systemgerechtigkeit des TV erschwert eine Beantwortung offener Fragen des TV-Rechts und somit die Beantwortung der Frage, ob ein Werkverein einen TV abschliessen könne. Es diene der Klarheit und entspräche dem anlässlich der Positivierung des Tarifvertrages eingeschlagenen Weg, wenn das Gesetz eindeutig zur Werkvereinsproblematik Stellung nähme.

B. Folgerungen aus dem schuldrechtlichen Teil des TV

Denkbar ist, die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal aus dem schuldrechtlichen Teil des TV mit der Begründung zu folgern, dass ohne das Merkmal der Überbetrieblichkeit die TV-Partei auf AN-Seite ihre *schuldrechtlichen Pflichten nicht erfüllen könne*¹⁰.

Gegen diese Auffassung sprechen verschiedene Überlegungen. So ist einmal zweifelhaft, ob die TV-Partei auf AN-Seite den TV nur dann erfüllen kann, wenn sie überbetrieblich organisiert ist. Sicherlich stärkt die überbetriebliche Organisation die Macht der Gewerkschaft, wodurch sie eher Druck auf ihre Mitglieder ausüben und damit die Einhaltung des TV eher gewährleisten kann. Eine Garantie der Erfüllung des TV bringt das Überbetrieblichkeitsmerkmal jedoch nicht. Es ist zudem denkbar, dass auch eine nicht überbetrieblich organisierte AN-Koalition einen TV erfüllen kann. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal der TV-Partei auf AN-Seite ist daher unter dem Gesichtspunkt der Vertragserfüllung nicht zwingend notwendig, sondern allenfalls zweckmässig.

Ausschliessliche Zweckmässigkeitsüberlegungen dürfen jedoch die Interpretation eines positiv-rechtlichen Begriffes nicht bestimmen¹¹. Massgebend für eine Interpretation im Rahmen des schuldrechtlichen Teils des TV ist vielmehr das *allgemeine Vertragsrecht*¹², welches die Vertragsfähigkeit nicht davon abhängig macht, dass der abgeschlossene Vertrag erfüllt werden kann¹³. Bei Nichterfüllung kommen vielmehr besondere Regeln zum Zuge¹⁴.

8 Es handelte sich dann um öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörper. Zum Systembruch z.B. Jacobi, 478ff.; für die Schweiz: Guisan, 87ff.

9 Dazu Burckhardt, 72.

10 So, aus dem Erfordernis der Organisation, welches mit der genannten Begründung aus dem schuldrechtlichen Teil des TV gewonnen wird, Fröhlich, 38f.; eine ähnliche Argumentation liegt vor, wenn aus der Einwirkungspflicht der Verbände das Merkmal der Unabhängigkeit gefolgert wird, so Vischer, 450; Gysin, RdA 1950, 4ff. meint, das Minimum an erforderlicher Organisation folge aus der mit dem GAV verbundenen Friedenspflicht. Im deutschen Schrifttum konnte eine solche Argumentation nicht festgestellt werden.

11 Zur Problematik der rein zweckmässigen Interpretation vgl. Burckhardt, 102, 294ff. mit Verweisen. Den Zweckmässigkeitsüberlegungen sind umso mehr Grenzen gesetzt, als die Funktion des TV selbst unklar ist, vgl. u. § 5 IV.

12 Bezüglich des schuldrechtlichen Teils ist der TV als gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag zu behandeln, so z.B. Kaskel/Dersch, § 14 V 2, 84.

13 Es genügt die Geschäftsfähigkeit. Zahlungsunfähigkeit beispielsweise hat nicht Vertragsunfähigkeit zur Folge. Vgl. z.B. von Tuhr/Peter, 207 Anm. 3 und 311 bei Anm. 42 a.

14 Inverzugsetzung, Rücktritt vom Vertrag, Schadenersatz.

Ebenso sind besondere Institute geschaffen worden, welche die Einhaltung eines Vertrages sichern sollen¹⁵. Die Überbetrieblichkeit kann somit nicht aus der allgemeinen Pflicht zur Vertragserfüllung gewonnen werden.

Das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit lässt sich aber auch nicht aus den besonderen schuldrechtlichen TV-Pflichten ableiten. Bei diesen Pflichten handelt es sich einerseits um die *Friedenspflicht* und andererseits um die *Durchführungspflicht*. Die Friedenspflicht ist die gegenseitige schuldrechtliche Pflicht der TV-Parteien, "während der Laufzeit des TV über tariflich geregelte Punkte keine Arbeitskämpfe zu führen oder solche zu unterstützen"¹⁶. Die Durchführungspflicht gebietet den TV-Parteien, "auf ihre Mitglieder einzuwirken, dass der Tarifvertrag tatsächlich erfüllt werde"¹⁷. Diese schuldrechtlichen Pflichten sind *nichts anderes als Tarifierfüllungspflichten*¹⁸. Damit entsprechen sie der allgemeinen Vertragserfüllungspflicht, welche jedem Vertrag infolge des Grundsatzes "pacta sunt servanda" inhärent ist. Aus diesem Grundsatz aber lässt sich das Merkmal der Überbetrieblichkeit nicht ableiten, wie oben aufgezeigt worden ist¹⁹.

Die Überbetrieblichkeit kann sodann auch deshalb nicht aus dem schuldrechtlichen Teil des TV gewonnen werden, weil sie Merkmal der Tariffähigkeit ist, deren Rechtfertigung als besondere Geschäftsfähigkeit in der Tarifhoheit der TV-Parteien liegt²⁰.

Die h.M.²¹ leitet denn auch die Überbetrieblichkeit der TV-Partei auf AN-Seite aus dem *normativen Teil* des TV ab²², wie auch die Tariffähigkeit als besondere Geschäftsfähigkeit ihre Begründung im normativen Teil des TV findet²³.

C. Folgerungen aus dem normativen Teil des TV

Der normative Teil des TV ist seine positiv-rechtliche Besonderheit²⁴. Im Verhältnis zum schuldrechtlichen Teil ist der normative Teil "Kern und Zweck"²⁵. Der schuldrechtliche Teil ist "nicht Selbstzweck, sondern begriffsnotwendige Hilfsstellung zur Sicherung des Hauptzweckes"²⁶. Wegen des entscheidenden Gewichts des normati-

15 Z.B. Bürgschaftsvertrag, solidarische Haftung.

16 Kaskel/Dersch, § 14 V 1 a bb, 83.

17 Söllner, § 16 III 1, 121 bei Anm. 38.

18 Söllner, ebd. mit weiteren Verweisen; derselbe, § 12 II 3 a, 81 bei Anm. 38; vgl. auch Kaskel/Dersch, § 14 V 1 b, 83; für die Schweiz vgl. z.B. Oser/Schönenberger, Art. 332 OR N. 16.

19 Vgl. o. bei Anm. 15.

20 Zur Tariffähigkeit vgl. o. § 2 IV.

21 Sofern sie das Überbetrieblchkeitsmerkmal der TV-Partei auf AN-Seite überhaupt aus dem TV ableitet, was nur zur Zeit der TVVO der Fall war. Heute wird die Überbetrieblchkeit als Koalitionsmerkmal angesehen, vgl. u. § 6 I.

22 Vgl. o. § 2 IV Anm. 15.

23 Vgl. o. § 2 IV Anm. 22.

24 Vgl. o. § 5 II A.

25 Kaskel/Dersch, § 12 III 2, 48; heute scheint aufgrund der Rechtsprechung der normative Teil nicht mehr wesentlich, sondern nur noch typisch zu sein, vgl. o. Anm. 4.

26 Kaskel/Dersch, ebd.

ven Teils sind die Schlüsse daraus als Folgerungen aus dem *Wesen des TV* anzusehen. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal wird auf drei Arten aus dem Wesen des TV gewonnen, was im folgenden aufzuzeigen ist.

III. Begründungen aus dem Wesen des TV

A. Das Prinzip der sozialen Gegenspielerchaft

Für die h.M. unter der Geltung der TVVO wurde der TV als durch das Prinzip der sozialen Gegenspielerchaft geprägt angesehen. Nach diesem Prinzip war der TV wesensmässig ein "*Friedensvertrag*" zwischen wirtschaftlichen Gegnern²⁷. Daher forderte man von der TV-Partei die "*Fähigkeit zu sozialer Gegenspielerchaft*"²⁸. Zu dieser Fähigkeit gehörte u.a. die *Arbeitskampffähigkeit*. Denn als Friedensabkommen verstanden setze der TV "einen Kampfzustand mindestens als möglich" voraus, weshalb die TV-Partei in der Lage sein müsse, einen Arbeitskampf zu führen²⁹.

Arbeitskampffähigkeit der TV-Partei auf AN-Seite verlangt aber deren *Überbetrieblichkeit*, soll dem Entlassungsdruck, unter dem betrieblich organisierte AN im Falle eines Streikes stehen, wirksam begegnet werden³⁰. So gesehen waren die Werkvereine wegen ihrer betrieblichen Beschränkung³¹ nicht fähig zur sozialen Gegenspielerchaft.

Früh setzten jedoch Stimmen ein, die zwar vom TV als Friedensvertrag sprachen, welcher durch das Prinzip der sozialen Gegenspielerchaft geprägt werde, die aber zugleich betonten, dieses Prinzip werde *nicht so entscheidend vom Moment des Arbeitskampfes geprägt*. Der TV beruhe nicht so sehr auf einem Gegensatz zwischen AG und AN, "sondern auf ihrem Bestreben, die gegensätzlichen Meinungen auf friedlichem Wege auszugleichen"³².

27 So Kaskel, Arbeitsrecht 1928, 16; derselbe, Arbeitsrecht 1932, 42f.

28 Kaskel, Arbeitsrecht 1928, 24f.; derselbe, Tariffähigkeit, 4; ebenso die u. in Anm. 34 angeführte Rechtsprechung.

29 Kaskel, Arbeitsrecht 1928, 26; derselbe, Arbeitsrecht 1932, 53; Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz, 59ff.; Lotmar sah den TV als mit der Kampfkoalition verbunden an (S. 755ff.).

30 Die Meinungen darüber, dass es zur Durchführung eines Streiks sinnvollerweise eines überbetrieblichen Rückhalts bedarf, sind einheitlich. Dadurch wird die Macht des AN-Kollektives gesteigert, was für den Arbeitskampf wesentlich ist. Dies zeigt sich v.a. dann, wenn als Gegenkampfmittel die Aussperrung eingesetzt wird. Vgl. Hoffmann, 49f.; Restorf, 57f.

31 Entscheidend ist bei dieser Betrachtungsweise nicht die Ideologie des Werkvereins, sondern seine betriebliche Beschränkung. Er ist nicht unfähig zum Arbeitskampf, weil er "gelb" ist, sondern weil er keinen überbetrieblichen Rückhalt hat.

32 So Oertmann, in: Vertretungs- und Tariffähigkeit der werkgemeinschaftlichen Arbeiterbewegung, hgg. von W. Schmidt, Berlin 1927, 19; vgl. Zimmermann, SozPrax 1921, 463; Restorf, 57f.; Der Arbeitskampf sei nicht das einzige Mittel, um einen TV abzuschliessen zu können. Ein TV könne auch unter Vereinbarung des gegenseitigen Verzichtes auf die Mittel des Arbeitskampfes abgeschlossen werden; vgl. auch Nikisch, § 57 II 8, 13.

Diese Ansicht hatte den *offenen* Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung³³ für sich und wurde zur h.M. Entscheidend für diese Entwicklung des Prinzips der sozialen Gegenspielierschaft war die Rechtsprechung des RAG, welche nicht Arbeitskampffähigkeit, sondern *nur tatsächliche Unabhängigkeit* von der Gegenseite als Merkmal der sozialen Gegenspielierschaft verlangte³⁴. Und Kaskel präziserte: "Wenn auch regelmässig die Tariffähigkeit mit der Eigenschaft als Kampforganisation zusammenfällt, so ist nach geltendem Rechte die Tariffähigkeit wirtschaftsfriedlicher Verbände, wenn sie die nötige Unabhängigkeit vom sozialen Gegenspieler besitzen, nicht zu verneinen ..."³⁵.

Soweit entsprechend der h.M. zur Weimarer Zeit das Prinzip der sozialen Gegenspielierschaft entscheidend war³⁶, ist mithin eine Entwicklung festzustellen, welche vom anfänglich geforderten Merkmal der Überbetrieblichkeit zufolge Arbeitskampffähigkeit zum Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit führte. Daher war der Werkverein nach der h.M. der Weimarer Zeit grundsätzlich tariffähig³⁷. Wenn es richtig ist, dass der TV durch das Prinzip der sozialen Gegenspielierschaft geprägt wird, so ist die Antwort auf die Frage nach der Überbetrieblichkeit der TV-Partei auf AN-Seite demnach von der Art der sozialen Gegenspielierschaft abhängig. Je nachdem, ob die soziale Gegenspielierschaft durch den *Arbeitskampf* bestimmt wird oder nicht, ist die Überbetrieblichkeit erforderlich oder nicht zu rechtfertigen. Nur wenn das Arbeitsk Kampfmoment nicht zählt, ist der Werkverein aufgrund des Prinzips der sozialen Gegenspielierschaft grundsätzlich tariffähig.

B. Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung

Nach einer *Mindermeinung* wurde der TV gemäss TVVO vom Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt, weil der TV Ausdruck der sozialen Selbstverwaltung sei. Nach dieser Auffassung ist der TV *kein Vertrag*, sondern eine *Berufsordnung* oder ein

33 Welche auf dem Begriff der Vereinigung von AN beruhte, vgl. o. § 2 II und § 4 II A.

34 RAG in ARS 4, 239; 4, 298; 5, 217; 10, 223; 10, 363; 12, 135; vgl. Kaskel/Dersch, § 13 I 2 e, 53; Hueck/Nipperdey, § 6 II 5, 99 Anm. 35.

Unter Unabhängigkeit ist Unabhängigkeit von und Selbständigkeit gegenüber der Gegenseite zu verstehen, v.a. in finanzieller Hinsicht. Die TV-Partei auf AN-Seite sollte fähig sein, ihre Interessen auch gegen den Willen der Gegenpartei durchzusetzen, "soweit das auch sonst im Verkehr eine selbständige Person kann", so das RAG in ARS 4, 298. Unbestrittenermassen musste die Unabhängigkeit in *finanzieller* (der Werkverein musste ein eigenes Vermögen aufweisen und die Mitgliederbeiträge durften nicht von AG-Seite bezahlt werden) und *organisatorischer* (die Möglichkeit einer Mitwirkung durch die AG-Seite musste ausgeschlossen sein) Hinsicht gegeben sein. *Soziale* (keine soziale Unterlegenheit) und *geistige* (keine wirtschaftsfriedliche Einstellung) Unabhängigkeit waren dagegen nach h.M. v.a. aus Praktikabilitätsgründen nicht erforderlich. Siehe Hoffmann, 33ff.; Restorf, 55ff.; A. Scheer, Die Tariffähigkeit des Werkvereins. Diss. Hamburg 1932, 54-87.

35 Kaskel, Arbeitsrecht 1932, 53; ebenso wegen des Wortlautes Sinzheimer, Grundzüge, 71f.

36 Im Unterschied zur heutigen Situation, in welcher der Koalitionsbegriff entscheidend ist, vgl. u. § 6 I.

37 Vgl. o. § 2 II Anm. 10. Der Werkverein war grundsätzlich tariffähig, ausser die Prüfung des Einzelfalles ergab seine Abhängigkeit, vgl. Scheer (N. 34), S. 90 mit Verweisen.

Ausdruck der Arbeitsverfassung". Daher müssten die TV-Parteien so beschaffen sein, dass sie eine Berufsordnung aufstellen könnten". Aus dieser Sicht können diejenigen AN-Koalitionen nicht Partei eines TV sein, "die entweder zu bedeutungslos sind, oder die die Arbeitnehmer-Interessen nicht ernsthaft vertreten, oder die durch ihre Beschränkung auf einzelne Betriebe vollkommen ausserstande sind, Arbeitnehmer-Interessen, selbst wenn sie es wollten, vertreten zu können"³⁸. Da die TV-Parteien bei der Geltung des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung eine Berufsordnung bzw. eine Arbeitsverfassung zu erlassen haben, müssen sie *repräsentativ* und zumindest *beruflich* organisiert sein. Daraus folgt, dass die TV-Partei auf AN-Seite überbetrieblich sein muss, und die Werkvereine nicht Partei eines TV sein können.

C. Das Gleichgewichtsprinzip

Als für den TV massgebendes Prinzip gilt im weiteren das *Gleichgewichtsprinzip*".

Das Gleichgewichtsprinzip will sicherstellen, dass "vorbehaltlich der konkreten ... Situation nicht ein Tarifpartner dem andern von vornherein seinen Willen aufzwingen kann, sondern möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen, da auf andere Weise die Tarifaufonomie unter Ausschluss der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren" könne³⁹. Sollen die Parteien auf diese Weise im Gleichgewicht sein, so

38 Hauptvertreter dieser Ansicht war Sinzheimer, so z.B. Arbeitsnormenvertrag, 83; Grundzüge, 73, 253; Arbeitstarifgesetz, 49ff.; Reform, 198; Über einige Grundfragen des Arbeitstarifrechts, in: Reichsgerichts-Festschrift Bd. IV 1918, 7 mit zustimmendem Verweis auf einen Entscheid des Reichsgerichts vom 30. November 1923 (RGZ 107, 247ff., 249), wo der TV als Ausprägung eines neuen "autonomen Selbstverwaltungskörpers und der durch die Beteiligten selbst ein Arbeitsrecht schaffenden Berufsgesetzgebung" anerkannt wird.

Vgl. auch Potthoff, Wesen, 18; "Das Arbeitsverhältnis ist kein Austauschverhältnis, sondern ein Organisationsverhältnis"; derselbe, Betrieb, Die Arbeitsverfassung, 49ff.; ebenso Nörpel, 617 sowie die o. § 4 II A Anm. 1 genannten Autoren. Diese Ansicht setzte voraus, dass Art. 165 RV nicht nur ein Paritätsprinzip garantierte (so nach h.M.), sondern ein Prinzip der sozialen Selbstverwaltung. Die hierfür massgebende Aussage in Art. 165 Abs. 1 Satz 1 war aber nach h.M. nur deklaratorischer Natur, vgl. z.B. RGZ 113, 33ff., 36; vgl. auch Badura, Koalition, 19/20 mit Verweisen; vgl. auch u. § 6 II C.

39 So Sinzheimer im "Programm Sinzheimer" (über ein Tarifvertragsrecht), zit. bei Potthoff, Arbeitsrecht, 147. Vgl. auch o. § 2 IV Anm. 16.

40 Nörpel, 617; ebenso, aber nur postulatorisch, Herschel, Tariffähigkeit, 38.

41 Es dient jedoch nicht zur Begründung von Tariffähigkeitsmerkmalen.

42 Löwisch, 308; vgl. auch Badura, Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie, RdA 1974, 135 bei Anm. 40 mit weiteren Verweisen; derselbe, Koalition, 19/20.

Dasselbe Prinzip wird auch etwa, in Anlehnung an die Entwicklung im allgemeinen Vertragsrecht, *Gegengewichtsprinzip* genannt, so Löwisch, Die Ausrichtung der tariflichen Lohnfestsetzung am gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, RdA 1969, 131 bei Anm. 19 mit Verweis u.a. auf Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130ff.

Auf dem Gleichgewichtsprinzip beruht auch die Richtigkeitsgewähr des TV, der "durch das Zusammenwirken der Vertreter entgegengesetzter Interessen" zustandekommt, womit "angemessene Arbeitsbedingungen" gewährleistet würden (so Söllner, § 12 I 1, 77); vgl. auch K. Lorenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. A. München 1980; Prinzip der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit (§ 3 I, 46 und 49), welches die Einschränkung der Privatautonomie durch das Sozialprinzip (§ 4 III, 73f.) ausdrückt.

müssen sie sich mit gleichen Kräften gegenüberstehen. Hierzu bedarf es jedoch nicht der Überbetrieblichkeit, sondern es genügt, wenn die TV-Parteien voneinander *tatsächlich unabhängig* sind⁴³. Ist also das Gleichgewichtsprinzip massgebend, so kann ein Werkverein TV-Partei sein, wenn er tatsächlich unabhängig ist.

D. Zusammenfassung

Die Frage, ob sich aus dem *Wesen* des TV das Merkmal der Überbetrieblichkeit der TV-Partei auf AN-Seite ableiten lasse, kann verschieden beantwortet werden. Es gibt nämlich *drei verschiedene Prinzipien*, mit denen das Wesen des TV zu erfassen versucht wird. Gilt das *Prinzip der sozialen Gegenspieler-schaft*, so ergibt sich die *Überbetrieblichkeit* nur dann, wenn dieses Prinzip durch das *Moment des Arbeitskampfes* entscheidend geprägt wird. Ist dies nicht der Fall, so kann nur die *tatsächliche Unabhängigkeit* gerechtfertigt werden.

Ist dagegen der TV wesensmässig Ausdruck der *sozialen Selbstverwaltung*, so muss die TV-Partei auf AN-Seite *überbetrieblich* organisiert sein.

Ist schliesslich das *Gleichgewichtsprinzip* für den TV massgebend, so folgt daraus für die TV-Partei auf AN-Seite das Erfordernis der *tatsächlichen Unabhängigkeit*. Mit dem *Wesen* des TV lässt sich somit *sowohl die Tariffähigkeit als auch die Tarifunfähigkeit des Werkvereins begründen*, je nachdem, mit welchem TV-Prinzip argumentiert wird. Soll eine klare Aussage gefunden werden, so ist demzufolge zu prüfen, welches TV-Prinzip das richtige ist⁴⁴.

IV. Analyse: Die Suche nach dem richtigen Wesen des TV

A. Die beiden verschiedenen TV-Verständnisse

a. Der TV als Vertrag oder Gesetz

Die Begründungen aus dem Wesen des TV ergeben zwei verschiedene Lösungen der Werkvereinsproblematik. Dies ist auf *zwei grundsätzlich verschiedene TV-Verständnisse* zurückzuführen.

Das eine TV-Verständnis sieht im TV einen *Vertrag*, welcher dadurch zum *echten*⁴⁵ Vertrag perfektioniert worden ist, dass sich die Parteien als tatsächlich gleich Mächtige gegenüberstehen müssen.

Das andere TV-Verständnis geht weniger vom TV als einem Vertrag, sondern vom TV als einer Berufsordnung oder *Arbeitsverfassung* aus. Hierbei gilt der TV als ein

43 So Löwisch, 314; vgl. auch H. Wiedemann, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan, RdA 1969, 321ff., 325 Anm. 37.

44 Als "richtiges" Recht wird hier dasjenige Recht verstanden, welches mit dem positivrechtlichen System übereinstimmt. Sollte das "richtige" Recht "ungerecht" sein, so handelt es sich um eine rechtspolitische Lücke, die nur in krassen Fällen ausgefüllt werden kann.

45 "Echt" ist hier im Unterschied zum "unechten" Vertrag derjenige Vertrag, welcher nicht nur auf formeller (leerer) Vertragsfreiheit beruht, sondern ein Resultat wirklicher Vertragsfreiheit ist.

Organisationsverhältnis i.G. zum Austauschverhältnis, welches der TV als Vertrag darstellt.

Dem Bild des *perfektionierten Vertrages* entspricht sowohl das *Prinzip der sozialen Gegenspielererschaft* als auch das *Gleichgewichtsprinzip*. Beide Prinzipien verlangen in verschiedenen starker Ausprägung⁴⁶, dass sich die Parteien des TV als *tatsächlich Ebenbürtige* gegenüberstehen sollen. Dies führt zum Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit der einen Seite von der andern. Die hierbei zum Ausdruck kommende Zielsetzung entspricht derjenigen des *sozialen Privatrechts*. Dieses versucht, durch positiv-rechtliche Ausgestaltung des Vertragsrechts einen echten Interessensausgleich zwischen den Vertragsparteien zu gewährleisten, so dass die entsprechende Vertragsfreiheit nicht nur formell, sondern auch materiell besteht⁴⁷. Im folgenden wird daher das TV-Verständnis, welches auf der Vorstellung des perfektionierten Vertrages beruht, als *sozial-privatrechtliches TV-Verständnis* bezeichnet.

Dem Bild der *Arbeitsverfassung* oder der *Berufsordnung* entspricht das TV-Prinzip der *sozialen Selbstverwaltung*. Dieses TV-Verständnis betont weniger den sozialen Ausgleich durch Vertrag als vielmehr die Aufstellung einer für möglichst viele AG und AN geltenden Ordnung. Da es damit den *TV als Gesetz* betrachtet, kann dieses TV-Verständnis im Gegensatz zum sozial-privatrechtlichen als *kollektivistisch-öffentlich-rechtliches* bezeichnet werden.⁴⁸

Auf der Suche nach dem richtigen TV-Wesen ist daher zu prüfen, ob der TV aufgrund des positiven Rechts eher sozial-privatrechtlich oder eher kollektivistisch-öffentlich-rechtlich zu verstehen bzw. ob der TV eher als Vertrag oder eher als Gesetz zu sehen ist.

b. Funktionen des TV

Ausgangspunkt für die Prüfung des TV-Verständnisses bildet die positiv-rechtliche Eigenart des TV, nämlich sein normativer Teil. Da der Sinn dieses Teils mehrdeutig ist⁴⁹, kann untersucht werden, ob sich eine Klärung aus dem *Zweck* gewinnen lasse. Historisch *primärer Zweck* des TV ist seine *Schutzfunktion*: Die Normativwirkung bzw. deren konkrete positiv-rechtliche Ausgestaltung sollen den AN schützen⁵⁰.

46 Am stärksten ist die Ausprägung, wenn beim Prinzip der sozialen Gegenspielererschaft das Arbeitskämpfmoment tragend ist, vgl. o. § 5 III A.

47 Zum sozialen Privatrecht vgl. z.B. Hug, Kündigungsrecht, 136f. mit Verweis u.a. auf A. Egger, Die Freiheitsidee der Gegenwart, Zürich 1917, 121ff.; vgl. auch E. Schweingruber, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des Schweiz. Obligationenrechts, Diss. Bern 1930.

48 Als kollektivistisch erscheint der TV, weil er von Verbänden getragen wird, und zwar in einer besonderen Weise (Sozialrecht), vgl. u. § 5 IV D d (Verbandstheorie). Da die Gesetzesfunktion des TV betont wird, erscheint er zudem als öffentlich-rechtlich, vgl. u. § 5 IV E (insbes. Delegationstheorie).

49 Wie dies die beiden o. § 5 IV A a aufgezeigten TV-Verständnisse dartun.

50 Zur Schutzfunktion vgl. z.B. Wiedemann Stumpf, Kommentar, Einleitung N. 2; Hueck/Nipperdey, § 14 I, 235.

Im Falle eines Arbeitskampfes hat der TV zusätzlich *Friedensfunktion*, nämlich die Aufgabe, einen Arbeitskampf zu beenden⁵¹.

Indem der TV auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse infolge der Normativwirkung Einfluss nimmt, hat er sodann auch *Ordnungsfunktion*⁵².

Diese drei Funktionen tragen allerdings nicht zu einer Klärung des richtigen Verständnisses vom Wesen des TV bei. Sie lassen sich vielmehr in den bestehenden Gegensatz einordnen. Schutz- und Friedensfunktion beruhen auf einem *Austausch* von Leistung und Gegenleistung, also auf dem Bild des *Vertrages*. Demgegenüber lässt sich die Ordnungsfunktion dem Bild des TV als *Gesetz* zuordnen. Aufgrund der Funktionen des TV lässt sich somit nicht sagen, welches das richtige TV-Verständnis ist. Es zeigt sich vielmehr, dass der TV *sowohl* sozial-privatrechtlich *als auch* kollektivistisch-öffentlich-rechtlich ist. Offen bleibt dabei, ob der TV nicht einen *Schwerpunkt* in der einen oder anderen Richtung habe. Dies soll im folgenden anhand von *vier Kriterien* näher untersucht werden. Die Kriterien sind die positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung, die Entwicklung des Tarifwesens, die Postulate zur Verrechtlichung des TV und die heute geltenden TV-Theorien.

B. Positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung

a. Wirkungsweise der Tarifnormen

Die positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung äussert sich einmal in der Art der Einwirkung der Normen des TV auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen. Nach dem TVG wird die Wirkungsweise der Tarifnormen durch die Unabdingbarkeit (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2), das Günstigkeitsprinzip (vgl. § 4 Abs. 3) sowie die Unverbrüchlichkeit tariflicher Rechte (vgl. § 4 Abs. 4) charakterisiert⁵³.

Die *Unabdingbarkeit* bedeutet, dass die Tarifnormen unmittelbare und zwingende Wirkung haben⁵⁴. *Zwingend* ist die Wirkung, weil für den AN ungünstigere Abmachungen, welche er im Rahmen des EAV mit dem AG vereinbart, rechtlich unwirksam sind. *Unmittelbar* ist die Wirkung der Tarifnormen, weil anstelle der unwirksamen oder fehlenden Abmachung im Rahmen des EAV automatisch die tarifliche Regelung gilt. Es ist somit nicht erforderlich, dass die durch einen EAV verletzte Tarifnorm klageweise durchgesetzt werden müsste.

Das *Günstigkeitsprinzip* ergänzt die Unabdingbarkeit in dem Sinne, dass für den AN günstigere als die tariflichen Bedingungen im Rahmen eines EAV vereinbart werden können⁵⁵. Die tariflichen Bedingungen sind somit nur Mindestbedingungen.

51 Zur Friedensfunktion vgl. z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, Einleitung N. 14; L. Gossmann, Zur Geschichte des Tarifvertrages, in: Kaskel, Hauptfragen des Tarifrechts, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge II, Berlin 1927, 1ff.

52 Zur Ordnungsfunktion vgl. z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, Einleitung N. 5ff. (auch Kartellfunktion genannt); vgl. auch Sinzheimer, Reform, 198.

53 So nach Söllner, § 16 III 3, 123f.

54 Näheres zur Unabdingbarkeit findet sich z.B. bei Hueck/Nipperdey, § 27, 533ff.

55 Näheres zum Günstigkeitsprinzip findet sich z.B. bei Hueck/Nipperdey, § 30, 568ff.

Die *Unverzichtbarkeit* und die *Unverwirksamkeit* tariflicher Rechte, welche zusammenfassend als *Unverbrüchlichkeit* tariflicher Rechte bezeichnet werden⁵⁶, bedürfen keiner besonderen Erklärung.

b. Tarifgebundenheit

Merkmal der positiv-rechtlichen Ausgestaltung der Normativwirkung ist sodann, dass die oben umschriebene Wirkungsweise der Tarifnormen nur für Tarifgebundene gilt. *Tarifgebundene* sind nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der TV-Parteien bzw. der einzelne AG⁵⁷. Als gegenüber dem allgemeinen Vereinsrecht besondere Regelung gilt festzuhalten, dass bei Austritt aus dem Verband die Tarifgebundenheit nicht erlischt (vgl. § 3 Abs. 3 TVG)⁵⁸.

c. Nachwirkung des TV

Eine Besonderheit besteht schliesslich darin, dass aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (vgl. § 4 Abs. 5 TVG) die Normen des TV auch *nach Aufhebung* des entsprechenden TV noch gültig sind, allerdings nur dispositiv, also nicht zwingend⁵⁹.

d. Allgemeinverbindlichkeit des TV

Ausnahmsweise haben die Tarifnormen auch für nicht Tarifgebundene Geltung, nämlich dann, wenn sie *ave* worden sind. Durch die AVE wird der TV auf die *Aussenseiter* ausgedehnt, welche in keiner Weise am Zustandekommen des entsprechenden TV beteiligt waren. Zum Schutze der Aussenseiter müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein, damit ein TV zu einem *ave-TV* werden kann⁶⁰.

e. Sozial-privatrechtlicher Charakter der positiv-rechtlichen Umschreibung der Normativwirkung

Aus der positiv-rechtlichen Ausgestaltung der Normativwirkung lässt sich schliessen, dass der TV *schwerpunktmässig* ein sozial-privatrechtlicher Vertrag ist. Denn dem *privatautonen Rechtsgestaltungsmoment*⁶¹ ist mehr und bedeutenderer Raum eingeräumt als dem zwingenden Ordnungsmoment⁶². So wird die individuelle Vertrags-

56 So Söllner, § 16 III 3 c, 124.

57 Ist auf der AG-Seite nur ein AG beteiligt, so handelt es sich um einen Firmen-TV. Ist wie auf der AN-Seite eine Mehrheit beteiligt, so geht es um einen Verbands-TV.

58 I.G. zur Regelung unter der TVVO, vgl. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 3 N. 28.

59 Näheres z.B. bei Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 4 N. 181ff.

60 Zur Regelung der AVE vgl. z.B. Söllner, § 18 I, 132ff.

61 Welches auf der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit beruht.

62 Welches den TV zu einem Gesetz umfunktioniert.

freiheit anerkannt bei der Grundfrage der Tarifgebundenheit – sie ist abhängig von einem Verbandsbeitritt – und im Bereich des Aushandelns besserer Bedingungen (Günstigkeitsprinzip). Die Tarifnormen sind insofern kein zwingendes Recht, sondern über ihre Verbindlichkeit entscheidet der privatautonome Wille im Einzelfall. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn ein *ave-TV* gilt. Hier kommt das zwingende Ordnungsmoment zum Vorschein, wie auch bei der *Unabdingbarkeit*, der *Tarifgebundenheit* beim Verbandsaustritt und der *Nachwirkung*. Das zwingende Ordnungsmoment ist jedoch nicht überwiegend. Denn der *ave-TV* ist ein *Ausnahmefall*, die Unabdingbarkeit setzt einen *freiwilligen* Verbandsbeitritt voraus, die Tarifgebundenheit beim Verbandsaustritt dauert *nur* für die *Laufzeit* des TV, und die Nachwirkung ist *nur dispositiv*.

Dass der TV eher als Vertrag denn als Gesetz anzusehen ist, ergibt sich im weiteren aus dem Umstand, dass ein *einzelner AG* Partei eines TV sein kann. Dadurch wird die Ordnungsfunktion des TV, zumindest für den TV mit einem einzelnen AG (*Firmen-TV*), verneint⁶³.

C. Tarifwesen

Für die Beurteilung des Wesens des TV kann auf die *Idee* abgestellt werden, welche hinter der Positivierung des TV steht. Diese Idee ist geprägt durch das Tarifwesen. Darunter sind die Vorstellungen der Beteiligten über den TV zu verstehen, wie sie vor der Verrechtlichung des Tarifvertrages bestanden haben⁶⁴. Das Tarifwesen steht in Verbindung mit der *Selbsthilfe der AN*, die sich als Reaktion auf den Wirtschaftsliberalismus und die diesem entsprechende Rechtsordnung⁶⁵ entwickelte. Ausgangspunkt dieser Selbsthilfe war im Arbeitsrecht die Tatsache, dass bei der Rechtsform des römisch-rechtlichen Dienstvertrages der AG dem AN infolge seiner faktischen Überlegenheit den Vertragsinhalt diktieren konnte⁶⁶. „Diese Möglichkeit ... wird

63 Für den AG hat ein Firmen-TV individuell-konkrete Bedeutung, i.G. zu einem Verbands-TV, der auf der AG-Seite mehrere Einzelfälle nach einheitlichen Gesichtspunkten ordnet. Solange die Möglichkeit eines Firmen-TV rechtlich besteht, spricht dies gegen ein kollektivistisch-öffentlich-rechtliches TV-Verständnis, es sei denn, man unterscheide bei der Bestimmung des TV-Wesens zwischen Firmen-TV und Verbands-TV.

64 Zur Konkretisierung eines Rechtsinstituts durch die Idee, welche dahinter steht, vgl. z.B. Burckhardt, 102 mit Verweisen.

Zum Tarifwesen vgl. z.B. L. Gossmann (N. 51).

Damit die Unterscheidung zwischen dem TV nach den Vorstellungen der Beteiligten und dem positiv-rechtlichen TV besser zum Ausdruck kommt, wird im folgenden der Ausdruck „Tarifvertrag“ zur Bezeichnung des ausserrechtlichen, der Ausdruck „TV“ zur Bezeichnung des positiv-rechtlichen TV verwendet.

65 Stichworte: Prinzip des „freien“ Arbeitsvertrages, Eigentumsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit in unbeschränktem Masse, Manchesterliberalismus; zum Problemkreis vgl. z.B. G. Olbersdorf, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, ArbuR 1955, 129ff.; W. Thiele, Kollektives Arbeitsrecht, ArbuR 1957, 289ff.; Hug, Grundfragen, 16 mit Verweis auf Jak. Lorenz, Zur Einführung in die Arbeiterfrage unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Verhältnisse, Zürich 1921; vgl. auch u. § 5 IV D b.

66 Zur Lage der Arbeiterschaft in dieser Epoche vgl. z.B. S. und B. Webb, Die Geschichte des britischen Trade Unionismus, 2. A. Stuttgart 1906; A. Weber, Der Kampf zwischen Kapital und Arbeit, 6. A. Tübingen 1954.

eingeschränkt, wenn sich die Arbeiter miteinander vereinigen, so dass der Unternehmer nicht mehr mit dem einzelnen Arbeiter, sondern nur mit einer Gesamtheit (Gewerkschaft, Arbeiterverein usw.) zu verhandeln gezwungen ist oder wenigstens bei jedem einzelnen Vertrag die Bedingungen zur Richtschnur nehmen muss, welche jene Gesamtheit aufgestellt hat⁶⁷. Auf diesem Wege wandelt sich der individuelle Arbeitsvertrag zu einem kollektiven, "bei dem mindestens auf der einen Seite die Arbeitsbedingungen zum Voraus für alle in Frage kommenden Einzelpersonen einheitlich normiert sind"⁶⁸. Primäre Vorstellung über den Tarifvertrag war demnach, dass mit diesem Vertrag die *Machtungleichheit* der Parteien eines Dienstvertrages ausgeglichen werden sollte. Der Tarifvertrag sollte ein "zweiseitiges paritätisches Arbeitsrecht"⁶⁹ garantieren. Das Tarifwesen bestätigt somit, dass der TV *primär Schutzfunktion* hat⁷⁰, wobei sich aus der historischen Ableitung des Tarifvertrages aus dem Dienstvertrag auch ergibt, dass der TV *primär Vertrag*, und nicht Gesetz ist⁷¹.

Mit zunehmender Organisierung der Arbeitsmarktparteien verstand man dann aber den Tarifvertrag immer weniger als "Schutzmassnahme des Einzelnen gegen die wirtschaftliche Übermacht" des AG⁷², sondern als Ausdruck des "Gedankens der Arbeitsgemeinschaft als höheres Organisationsprinzip"⁷³. Nach Ansicht der Beteiligten war daher der Tarifvertrag *tendenziell ein Ordnungsinstrument* und ein Organisationsverhältnis⁷⁴.

Für die Frage nach dem Wesen des TV ergibt die Untersuchung des Tarifwesens, dass der TV primär Schutzfunktion und sekundär eine Tendenz zur Ordnungsfunktion aufweist. Je grösser die Zahl der Beteiligten, desto stärker ist das Moment der Ordnungsfunktion. Daher hat der *Verbands-TV*, bei dem nicht nur auf AN-Seite, sondern auch auf AG-Seite eine Mehrheit beteiligt ist, *tendenziell Ordnungsfunktion*⁷⁵. Demgegenüber ist dem *Firmen-TV*, bei dem ein AG einer Mehrheit von AN gegenübersteht, *tendenziell Schutzfunktion* zuzuordnen. Der Firmen-TV ist eher Vertrag, der Verbands-TV ist eher Gesetz⁷⁶.

D. Postulate zur Verrechtlichung des Tarifwesens

a. Allgemeines

Eine Aussage über die TV-Idee lässt sich neben dem Tarifwesen aus den Postulaten zur Verrechtlichung des Tarifwesens gewinnen. Hierbei ist festzuhalten, dass anfäng-

67 K. Flesch, *Privatangestellte und Arbeitsrecht*, hgg. mit Potthoff, Berlin 1912, 18.

68 K. Flesch, ebd.

69 Umbreit, *Forderungen*, 28.

70 Vgl. Söllner, § 15 II 3 a, 111; vgl. auch o. § 5 IV A b Anm. 50.

71 Historisch gesehen ist der TV ein perfektionierter Dienstvertrag.

72 Potthoff, *Wesen*, 21.

73 H. Lehmann, *Die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts* (Rektorsrede), Köln 1922, 11. Damit verbunden war auch eine Absage an das schuldrechtliche Verständnis, so Potthoff, *Wesen*, 19.

74 Die Arbeitsgemeinschaft ist Ausdruck sozialer Verbundenheit und stellt eine Arbeitsverfassung dar, vgl. o. § 5 III B Anm. 38.

75 Der TV hat hier auch kartellarische Funktion, vgl. o. § 5 IV A b Anm. 52.

76 Vgl. o. § 5 IV A a und § 5 IV B e Anm. 63.

lich versucht wurde, den Tarifvertrag mit verschiedenen Konstruktionen in das geltende Rechtssystem einzugliedern, so mit den Rechtsfiguren des Normenvertrages⁷⁷, des Vertrags zugunsten Dritter⁷⁸ und des Vereins⁷⁹. Zur Begründung der dem Tarifvertrag eigenen Normativwirkung, welche heute kraft positivem Recht gilt⁸⁰, setzten sich die Vertretungs-, die Verbands- und die Kombinationstheorie durch, welche im folgenden näher zu betrachten sind.

b. Die Idee des modernen Arbeitsrechts als Grundlage

Vorerst ist jedoch der Hinweis angebracht, dass die Anerkennung des *Tarifvertrages mit der ihm eigenen Normativwirkung* durch das positive Recht mit der Idee des modernen Arbeitsrechts begründet wurde. Insofern ist die Idee des modernen Arbeitsrechts Grundlage der genannten Theorien. Diese Idee ist jedoch zu wenig konkret, als dass gestützt darauf eine Aussage über das richtige TV-Wesen getroffen werden könnte. Aufgrund der Idee des modernen Arbeitsrechts wurde beispielsweise postuliert, das Arbeitsverhältnis von einem *Gewalts- und Machtverhältnis in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln*⁸¹. Mit diesem Postulat kann aber sowohl begründet werden, der TV sei ein Vertrag, als auch, der TV sei ein Gesetz.

77 Vgl. dazu z.B. Hueck, Normenverträge, in: Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 73 (1923) 33ff.

78 Vgl. dazu z.B. Rundstein, Tarifvertrag und moderne Rechtswissenschaft in rechtsvergleichender Sicht, Leipzig 1916, 77 mit Verweisen.

79 Sog. Tarifgemeinschaften oder Harmonieverbände. Die abgemachten Arbeitsbedingungen sind quasi Vereinsstatuten, was beispielsweise bei den ersten Buchdruckertarifen der Fall war, vgl. Herschel, Fragen des Tarifrechts, BABl. 1950, 375ff., 377.

Zur Konstruktion des Tarifvertrages aus dem damals geltenden Recht heraus vgl. allgemein die Werke von Lotmar, Rundstein (N. 78) und Ramm, Parteien, 36ff. (Überblick zum Stand der Meinungen vor Erlass der TVVO); vgl. auch Söllner, § 15 II 1, 108f.

80 Vgl. o. § 5 IV B.

81 Potthoff, Wesen, 10; vgl. auch o. § 5 IV C Anm. 72 und 73. Ein Postulat des modernen Arbeitsrechts ist auch, dass "aufbauendes Prinzip des Arbeitsrechts ... ein eigenes, dem Eigentum entgegengesetztes, das Prinzip des *Menschentums*" sein sollte, so Sinzheimer, Die Idee des Arbeitsrechts, Ein Rückblick auf zehn Jahre Arbeitsrecht, AR 1923, 721ff., 721; vgl. auch Hug, Grundfragen, Leitsatz V und S. 41ff.; derselbe, Kündigungsrecht, 85ff. Die Idee des modernen Arbeitsrechts will der sozialen Schutzbedürftigkeit des AN Rechnung tragen, vgl. z.B. Kaskel/Dersch, § 2 B, 7f. und o. § 5 IV C Anm. 65. Die Idee des modernen Arbeitsrechts ist Ausdruck der Sozialisierung des Rechts (hierzu z.B. M. Reh-binder, Entwicklungstendenzen im Recht der Gegenwart, SJZ 71 (1975) 373ff., 375ff.). Im Staatsrecht findet die Idee des modernen Arbeitsrechts ihre Parallele und Voraussetzung im Wandel vom Rechtsweg- und Sozialstaat, vgl. z.B. H. Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, Gedanken zur europäischen Sozialcharta, Berlin 1969, 79/80, 92ff.; G. Olbersdorf, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, ArbuR 1955, 129ff.; E. Frey, Zur Idee und Funktion des sozialen Rechtsstaates im Arbeitsrecht, ArbuR 1961, 298ff.; E. Post, Zur Verwendung des Sozialstaatsarguments im Arbeitsrecht, ZfA 1978, 423ff.

c. Vertretungstheorie

Eine klare Aussage über das TV-Wesen ergibt sich aus der *Vertretungstheorie* von Lotmar⁸². Danach ist die Normativwirkung des TV die Folge einer *besonderen rechtsgeschäftlichen Vertretung*. Die allgemeinen Regeln über die Stellvertretung treffen nach dieser Theorie für den Tarifvertrag nicht zu, weil beim Tarifvertrag⁸³ das "Prinzip des kollektiven Vertragsschlusses" gelte. "Die Schranke der Vertragsfreiheit", welche der Tarifvertrag setze, sei von "einer Mehrheit errichtet" worden, weshalb es "widerspruchsvoll" wäre, "wenn die Zustimmung des einzelnen aus dieser Mehrheit zur Wiederherstellung der Vertragsfreiheit hinreichen würde"⁸⁴.

Damit versucht die Vertretungstheorie, den Tarifvertrag auf dem Boden des allgemeinen Vertragsrechts zu erklären als Vertrag, der auf einer besonderen rechtsgeschäftlichen Vertretung beruht. Die Vertretungstheorie geht deshalb von einer sozial-privatrechtlichen Auffassung des Tarifvertrages aus⁸⁵.

d. Verbandstheorie

Da nach den Regeln des BGB nicht ersichtlich sei, warum eine vom Tarifvertrag "abweichende Vereinbarung unwirksam sein sollte", stellte Sinzheimer im Zusammenhang mit der Kritik der Vertretungstheorie dieser die *Verbandstheorie* entgegen⁸⁶. Nach dieser Theorie treten die Tarifvertrags-Parteien nicht als rechtsgeschäftliche Vertreter der Verbandsmitglieder auf, sondern *sie schliessen den Tarifvertrag in eigener Kompetenz ab*. Sinzheimer sah dabei den Tarifvertrag als Grundlage und als besonderen Ausdruck eines *eigenständigen Sozialrechts*, das vom Gesetzgeber zu schaffen sei⁸⁷. Dieses Sozialrecht sollte von *Berufsvereinen* getragen werden, welche als "lebendige Träger einer neuen Arbeitsverfassung" anzuerkennen seien, da sie "positive soziale Funktionen im allgemeinen Interesse" ausübten⁸⁸. Dabei schriebe dieses Recht den Beteiligten nicht vor, "was sie wollen sollen", sondern es sichere rechtlich, was sie wollen⁸⁹. Sozial sei dieses Recht, weil rechtlich anstelle des Individualinteresses das Verbandsinteresse zur Geltung komme, der Einzelne auch "rechtlich als der Verbandsregelung untertan angesehen" werde⁹⁰. Sinzheimer forderte

82 Lotmar, 755ff.; vgl. auch Ramm, Parteien, 37 mit weiteren Verweisen; Sollner, § 15 II 1, 109.

83 Es geht hier um den TV im untechnischen Sinne, vgl. o. in Anm. 64.

84 Lotmar, 782.

85 Mit dieser Interpretation des Privatrechts kann auch die Unwiderruflichkeit der Vollmacht gerechtfertigt werden. Vgl. im übrigen o. § 5 IV A a Anm. 47.

86 Arbeitsnormenvertrag, 79.

87 Vgl. dazu Sinzheimer, Reform, 198ff.; vgl. auch o. § 4 IV C Anm. 33–37, § 5 III B Anm. 38.

88 Sinzheimer, Reform, 198.

89 Sinzheimer, ebd.; die Einzelnen würden "auch ohne ihren Willen als Angehörige ... (der) Organisation berechtigt und verpflichtet", so Sinzheimer, ebd. Die individuelle Lebensgestaltung wird also nicht dem Einzelwillen überlassen, sondern sie ist dem Kollektivwillen vorbehalten.

deshalb für die Tarifvertragsparteien, dass ihnen Rechtssetzungsmacht zukomme⁹⁰. Die Verbandstheorie, welche im Gegensatz zur Vertretungstheorie nicht auf dem geltenden Recht, sondern auf einem postulierten eigenständigen Sozialrecht beruhte, ordnet somit dem Tarifvertrag Ordnungsfunktion zu und sieht in ihm weniger einen Vertrag als eine gesetzesähnliche objektive Ordnung.

e. Kombinationstheorie

Neben der Vertretungs- und Verbandstheorie entwickelte sich als dritte Theorie die *Kombinationstheorie*. Es handelt sich um eine *vermittelnde* Theorie. Danach kommt die gewünschte Normativwirkung dadurch zustande, dass die Verbände den Tarifvertrag sowohl in eigenem Namen als auch in demjenigen ihrer Mitglieder abschliessen. Da diese Theorie die Elemente der beiden anderen Theorien enthält, kann nach ihr der Tarifvertrag sowohl Vertrag als auch Gesetz sein⁹¹.

f. Zusammenfassung

Von den Postulaten zur Verrechtlichung des Tarifwesens nehmen nur die Vertretungs- und die Verbandstheorie zum Wesen des Tarifvertrages in genügender Klarheit Stellung. Ein eindeutiges Resultat kann allerdings nicht festgestellt werden. Denn auch den Postulaten liegen die beiden aufgezeigten gegensätzlichen TV-Verständnisse zugrunde⁹². So sieht die Vertretungstheorie den Tarifvertrag als Vertrag, wogegen die Verbandstheorie von einem selbständigen Sozialrecht ausgeht, welches den Tarifvertrag als Gesetz auffasst.

E. Die TV-Theorien

a. Allgemeines

Die *TV-Theorien* erklären den TV aufgrund des Systems der geltenden Rechtsordnung. Sie gehen von der positivierten Normativwirkung aus und versuchen von daher eine dogmatische Einordnung des TV. Zentrale Fragen sind dabei diejenigen nach der *Rechtfertigung der Tarifhoheit* der TV-Parteien⁹³ und nach der *rechtlichen Qualität der Tarifnormen*. Aufgrund der verschiedenen Antworten auf diese zentralen Fragen werden *drei Gruppen von TV-Theorien* unterschieden, nämlich privatrechtliche, öffentlich-rechtliche und sozialrechtliche⁹⁴.

90 Arbeitsnormenvertrag, 83f.; Sinzheimer bezeichnet denn auch die Tariffähigkeit als öffentlich-rechtliche Fähigkeit oder Eigenschaft der Koalition, vgl. Grundzüge, 73, 254.

91 Vgl. hierzu z.B. Ramm, Parteien, 41f.

92 Vgl. o. § 5 IV A.

93 Dazu Hinz, 108ff.; vgl. auch o. § 2 IV.

94 Dazu Hinz, 33f. mit Verweis auf systematische Darstellungen der TV-Theorien, z.B. Zöllner, Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 1966, oder Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille, 1968; vgl. auch Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 1 N. 21ff., rechtsgeschäftliche (N. 22–24) und normative (N. 25) Erklärung.

Die *privatrechtlichen* TV-Theorien erklären die Tarifhoheit als Ausfluss der Privatautonomie und die besonderen Wirkungen der Tarifnormen als *privatrechtlich*⁹⁵.

Die *öffentlich-rechtlichen* TV-Theorien betrachten die Tarifhoheit als *Rechtssetzungsgewalt* und die Tarifnormen als *Rechtsnormen*⁹⁶.

Zwischen diesen beiden Gruppen von TV-Theorien befindet sich eine dritte Gruppe, die gekennzeichnet ist durch "Deutungsversuche, bei denen mindestens eine Antwort auf die zentralen Fragen 'das Argument der sozialen Faktizität' besonders betont"⁹⁷. Wegen ihres *sozialen Bezuges* gehören diese TV-Theorien, wie die Verbandstheorie, in den Bereich eines eigenständigen Sozialrechts⁹⁸. Da die positivrechtliche Existenz eines solchen Sozialrechtes nach h.M. nicht begründet werden kann⁹⁹, werden die *sozialrechtlichen* Theorien nicht näher untersucht.

Es muss allerdings klargestellt werden, dass die h.M. die Verbandstheorie anerkennt¹⁰⁰. Die h.M. versteht jedoch die Verbandstheorie nicht als TV-Theorie¹⁰¹, sondern nur in dem Sinne, dass "die Verbände bei Tarifvertragsabschluss aus eigenem Recht tätig" werden¹⁰².

Indem die TV-Theorien den TV aus dem allgemeinen *positiv-rechtlichen Zusammenhang* heraus erklären wollen, versuchen sie auch, das Verhältnis von TV-Idee¹⁰³ und geltendem Recht zu klären. Die TV-Theorien können daher aufzeigen, inwiefern die aus der TV-Idee gefundenen Aussagen¹⁰⁴ haltbar sind. Die Tatsache, dass privatrechtliche und öffentlich-rechtliche TV-Theorien existieren, deutet darauf hin, dass die beiden verschiedenen TV-Verständnisse auch für die TV-Theorien eine Rolle spielen. Welches TV-Verständnis unter dem Gesichtspunkt der TV-Theorien das richtige ist, soll im folgenden anhand der Prüfung der h.M. (Delegationstheorie) sowie der traditionellsten Mindermeinung (Theorie des kollektiven Schuldvertrages) näher untersucht werden.

95 Hinz, 46ff. Er untersucht unter diesem Aspekt die Theorie des kollektiven Schuldvertrages von Jacobi, Grundlehren, 272ff. sowie die Theorie der sozialen Vormundschaft von Ramm, Parteien, 69ff. (Differenzierungstheorie). Als privatrechtlich können sodann auch die Theorien von Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, sowie Richardi (N. 94) angesehen werden.

96 Hinz erwähnt hier die Delegationstheorie (S. 69ff.), die Theorie vom staatsfreien Raum und die Naturrechtstheorie (S. 74ff.) sowie die Theorie der (volkerrechtsanalogen) Vereinbarung (S. 79ff.).

97 Hinz, 34. Hinz verweist auf Zöllner, Theorie der intentionalen Bindung an die Gerechtigkeit (S. 46ff.), K. H. Biedenkopf, Theorie des drittbezogenen Normenvertrages (S. 51ff.), H. Krüger, Theorie der Verfassungswirklichkeit (S. 55ff.) und O. von Gierke, Theorie des genossenschaftlichen Rechtsverständnisses (S. 62ff.).

98 Vgl. o. § 4 IV C Anm. 33-37, § 5 III B Anm. 38 und § 5 IV D d Anm. 87.

99 Kaskel/Dersch, § 1 III 1 c, 4 Anm. 5; L. Bussmann, in: Rolle und Selbstverständnis der Gewerkschaften in unserer Gesellschaft, Konsens und Konflikt, hgg. von der Landeszentrale für politische Bildung Nordrhein-Westfalen, München 1975, 1. Teil I 2, 299ff. mit weiteren Verweisen (Die verfassungstheoretische Trennung von Staat und Gesellschaft).

100 Dazu z.B. Söllner, § 15 II 1 c, 109.

101 Nämlich zur Begründung der Tarifhoheit, vgl. o. § 5 IV E a Anm. 93.

102 Söllner, § 15 II 1 c, 109 bei Anm. 11.

103 Welche in der vorliegenden Arbeit anhand des Tarifwesens (vgl. o. § 5 IV C) und der Postulate zur Verrechtlichung des Tarifvertrages (vgl. o. § 5 IV D) zu erfassen versucht wurde.

104 Vgl. o. § 5 IV C und § 5 IV D f.

b. Delegationstheorie

Nach *h.M.* wird der TV durch die *Delegationstheorie* geprägt¹⁰⁵. Es handelt sich hier um eine öffentlich-rechtliche TV-Theorie, da die Tarifhoheit als delegierte autonome *Rechtssetzungsmacht*¹⁰⁶ gesehen und den Tarifnormen die Eigenschaft von *Rechtsnormen* zugeschrieben wird¹⁰⁷.

Zur Begründung dieser Ansicht wird einerseits die positiv-rechtliche Umschreibung der *Normativwirkung* des TV herangezogen¹⁰⁸. Andererseits stützt man sich auf die *Koalitionsfreiheit*, welche mit Hilfe der Sozialstaatsklausel konkretisiert wird¹⁰⁹. Dass die Tarifnormen die Eigenschaft von Rechtsnormen hätten, ist bereits oben widerlegt worden¹¹⁰. Dagegen spricht auch der systematische Widerspruch in der Konstruktion des positiv-rechtlichen TV¹¹¹.

Ob dagegen die Delegationstheorie die Konsequenz einzig richtiger Verfassungsinterpretation ist, kann hier im Rahmen der Untersuchung des TV nicht gesagt werden, da es sich um eine Frage der positiv-rechtlichen Ausgestaltung der *Koalitionsfreiheit* handelt¹¹². Es wird vorläufig angenommen, die Delegationstheorie sei richtig. Da die Delegationstheorie eine öffentlich-rechtliche TV-Theorie ist, ergibt sich daraus, dass die Ordnungsfunktion des TV betont wird, weshalb der TV eher als Gesetz denn als Vertrag gilt¹¹³.

c. Die Theorie des kollektiven Schuldvertrages

Einen *Ausweg* aus dem systematischen Widerspruch, welcher der Delegationstheorie zugrunde liegt, liefert die *Theorie des kollektiven Schuldvertrages*.

105 Dazu Söllner, § 15 II 2, 110; vgl. auch Hinz, 69ff. mit Verweisen.

106 Dazu Söllner, § 15 II 3 b, 111. Eine Mindermeinung betrachtet die Autonomie als originäre, vor jeder staatlichen Rechtssetzung bestehende Rechtssetzungsmacht.

107 Dazu Söllner, ebd. Zur Delegationstheorie vgl. auch Bänziger, 74ff., welcher zwischen öffentlich-rechtlicher (Delegation staatlicher Hoheitsgewalt) und privatrechtlicher (Einräumung nichthoheitlicher Rechtssetzungsmacht) unterscheidet. Vorliegend wird entsprechend der überwiegenden deutschen Meinung unter Delegationstheorie die öffentlich-rechtliche Variante verstanden, zumal sich nur ihr die Ordnungsfunktion (vgl. o. § 5 IV A b) infolge der Hoheitsgewalt zuordnen lässt, wogegen der privatrechtlichen Variante diese Funktion gerade abgeht. Im schweizerischen Recht gilt demgegenüber die privatrechtliche Variante (Gesetzestheorie), vgl. Bänziger, 78 und 92f. und Schluep, 181 Anm. 3; vgl. auch u. § 14 II B b und § 14 II C.

108 Hinz, 71 mit Verweis auf Hueck/Nipperdey, Kollektives Arbeitsrecht 1967, 346; Nikisch, Arbeitsrecht, 1959, 214; Söllner, § 15 II 3, 111.

109 Z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 1 N. 25 mit Verweisen.

110 Vgl. o. § 5 IV B e.

111 Vgl. o. § 5 II A.

112 Vgl. u. § 6.

113 Nach dem BVerfG bezwecken die TV-Parteien die "sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens" (BVerfGE 4, 96ff., 107 und BVerfGE 18, 18ff., 27). Damit steht ihnen Ordnungsfunktion zu. Dass der TV als Gesetz gesehen wird, ergibt sich auch daraus, dass von der TV-Partei Delegationswürdigkeit verlangt wird, so z.B. Cornelissen, Von der Tariffähigkeit, BABl. 1952, 329f.; Herschel, JuS 1977, 1551; Meissinger, Tarifhoheit in der sozialen Selbstverwaltung, RdA 1951, 46; derselbe, Koalitionsrecht, ArbUR 1954, 67ff.

Nach dieser von Jacobi entwickelten Theorie ist die Normativwirkung des TV nicht Folge einer Tarifhoheit, sondern einer *Art Stellvertretung*¹¹⁴. Es sei nämlich undenkbar, dass *privatrechtliche* Rechtssubjekte objektives Recht setzen könnten. Die Tarifnormen hätten *keine Rechtssatzqualität*, da ihre Geltung nicht unabhängig vom Willen der Tarifunterworfenen sei, sondern deren vorgängiges Einverständnis durch den freiwilligen Beitritt zu einer TV-Partei voraussetze¹¹⁵. Nach dieser Betrachtungsweise ist der TV ein besonderer Vertrag, welcher schuldrechtliche Pflichten entweder der Verbände oder der Verbandsmitglieder zum Gegenstand hat. Kollektiv sei dieser Schuldvertrag, weil die Willenserklärung der Verbände für die Verbandsmitglieder rechtswirksam werde, meint Jacobi¹¹⁶.

Die Theorie des kollektiven Schuldvertrages ist eine privatrechtliche TV-Theorie. Der TV wird eher als Vertrag denn als Gesetz verstanden.

Zum gleichen Resultat führt die von Ramm entwickelte *Differenzierungstheorie*, welche auf der Annahme einer Vertretung der AN durch die Gewerkschaft kraft sozialer Vormundschaft beruht¹¹⁷.

d. Zusammenfassung

Es kann festgehalten werden, dass die TV-Theorien vom Dualismus der beiden grundsätzlich verschiedenen Arten des TV-Verständnisses geprägt werden. Nach der *herrschenden* Delegationstheorie ist der TV als *Gesetz* zu verstehen. Eine Mindermeinung sieht den TV eher als Vertrag. Ohne Untersuchung der *Aussagen der Koalitionsfreiheit* kann nicht abschliessend gesagt werden, welche Theorie die richtige ist. Bleibt man im Rahmen des TV, so kann aufgrund der positiv-rechtlichen Erfassung des TV durch das TVG die Delegationstheorie nicht begründet werden, da m.E. die Erfordernisse für die Annahme, die TV-Normen seien Rechtsnormen, nicht vorliegen. Weil die positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung sozial-privatrechtlichen Charakter hat, wird der TV von den privatrechtlichen TV-Theorien am konsequentesten erfasst, lässt man die Frage nach der Ausprägung des TV durch die Koalitionsfreiheit offen. So gesehen ist der TV *eher als Vertrag* denn als Gesetz zu deuten.

F. Das richtige Wesen des TV: Ergebnisse

Die Suche nach dem richtigen TV-Wesen wird dadurch erschwert, dass es *zwei verschiedene Arten von TV-Verständnis bzw. TV-Wesen* gibt.

Die eine Auffassung sieht den TV vorab als *Vertrag*, nämlich als perfektionierten Austauschvertrag, bei dem sich die Vertragsparteien als Gleichwertige gegenüberste-

114 Hinz, 39.

115 Jacobi, 273.

116 Jacobi, 283f.

117 Dabei handelt es sich um eine "Umbildung der individualrechtlichen Vertretung zu einer neuen *sozialrechtlichen* Institution", welche zur Unwiderruflichkeit der Vollmacht und zur Selbstentmündigung führt, so Ramm, Parteien, 89; vgl. Hinz, 40ff.

hen, was einen echten Interessenausgleich ermöglicht. Es geht hier um die TV-Prinzipien der *sozialen Gegenspielererschaft* und des *Gleichgewichts*¹¹⁸.

Die andere Meinung erblickt im TV vorab eine *Berufsordnung* oder eine *Arbeitsverfassung* und damit ein *Gesetz*. Es geht hier um das TV-Prinzip der *sozialen Selbstverwaltung*¹¹⁹.

Wird das vertragliche Moment betont, wird der TV als *sozial-privatrechtlich* verstanden. Wird dagegen das gesetzliche Moment betont, so erscheint der TV als *kollektivistisch-öffentlich-rechtlich*¹²⁰.

Beide TV-Verständnisse lassen sich mit der positiv-rechtlichen Tatsache begründen, dass der TV einen normativen Teil hat, denn die *Schutz- und Friedensfunktion* entspricht dem TV als Vertrag, die *Ordnungsfunktion* entspricht ihm als Gesetz¹²¹.

Eine gründlichere Erforschung der positiv-rechtlichen Erfassung des TV anhand der Ausgestaltung der Normativwirkung, des Tarifwesens, der TV-Postulate und der TV-Theorien zeigt, dass sich der Dualismus zwischen den beiden Arten von TV-Verständnis auch auf dieser Untersuchungsebene fortsetzt.

So folgt aus der *positiv-rechtlichen Ausgestaltung der Normativwirkung*, dass der TV im Schwergewicht als Vertrag zu verstehen ist. Nur bei der Ausnahmeform des *ave-TV* kann der TV als Gesetz bezeichnet werden¹²².

Unter dem *Aspekt des Tarifwesens* lässt sich folgern, dass der TV primär Schutz-, sekundär und tendenziell Ordnungsfunktion hat. Entsprechend ist der TV primär Vertrag und sekundär Gesetz. Auf die TV-Typen übertragen ergibt dies, dass der Firmen-TV eher ein Vertrag, der Verbands-TV eher ein Gesetz ist¹²³.

Aus den *TV-Postulaten* lässt sich ableiten, dass sich der TV als Gesetz nur mit einem zu schaffenden Sozialrecht erklären lässt (Verbandstheorie), wogegen der TV als besonderer Vertrag sich mit dem System des geltenden Rechts zur Not erklären liesse (Vertretungstheorie)¹²⁴.

Aufgrund der *TV-Theorien* schliesslich lässt sich festhalten, dass nach h.M. der TV ein Gesetz ist (Delegationstheorie), wobei die Begründung dafür in der *Koalitionsfreiheit* zu suchen ist, da sie sich aus der einfachgesetzlichen Erfassung des TV durch das TVG nicht ergibt. Die von einer Minderheit vertretenen privatrechtlichen TV-Theorien erscheinen hier überzeugender.

Insgesamt sprechen somit mehr Anhaltspunkte für den TV als Vertrag, d.h. für das sozial-privatrechtliche TV-Verständnis. Eine Ausnahme bildet der *ave-TV*, der kollektivistisch-öffentlich-rechtlich ist.

Ist der TV im Schwerpunkt ein sozial-privatrechtlicher Vertrag, so lässt sich die *Überbetrieblichkeit* als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite *nicht aus dem TV ableiten*¹²⁵. Die Gewerkschaft muss aufgrund des richtigen TV-Verständnisses *nur tatsächlich unabhängig* von der Gegenseite sein. Ist sie im einzelnen Fall nicht

118 Vgl. o. § 5 III A und § 5 III C.

119 Vgl. o. § 5 III B.

120 Vgl. o. § 5 IV A a.

121 Vgl. o. § 5 IV A b.

122 Vgl. o. § 5 IV B d und e.

123 Vgl. o. § 5 IV C.

124 Vgl. o. § 5 IV D.

125 Vgl. o. § 5 IV E d; im Resultat gleich: Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 165.

tatsächlich unabhängig, so muss sie überbetrieblich sein, wodurch sie eine genügende Unabhängigkeit erhält.

Unter dem Gesichtspunkt des TV ist somit der Rechtsprechung des RAG zur Werkvereinsproblematik und der entsprechenden h.M. zur Weimarer Zeit zuzustimmen.

§ 6 GEWERKSCHAFT UND KOALITIONSFREIHEIT

I. Allgemeines

Die Gewerkschaft ist eine *AN-Koalition*. Positiv-rechtlich wird sie daher nicht nur durch das TVG erfasst, sondern auch durch die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit¹. Bei einer Konkretisierung des Gewerkschaftsbegriffes aus dem systematischen Zusammenhang stellt sich deshalb die Frage, ob die Gewerkschaft deswegen *überbetrieblich* organisiert sein müsse, weil dies ein *Merkmal* der Koalition sei. Durch Untersuchung der positiv-rechtlichen Koalitionsfreiheit ist somit zu erforschen, inwiefern sich der einfachgesetzliche Begriff der Gewerkschaft durch den verfassungsrechtlichen Begriff der Koalition im Hinblick auf das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit konkretisieren lasse. Indem die Koalitionsfreiheit untersucht wird, kann auch nach der *Begründung der Delegationstheorie* und damit nach dem richtigen TV-Wesen gesucht werden².

Entsprechend dem überwiegenden Gebrauch in Lehre und Rechtsprechung wird auch in dieser Arbeit von der "Koalition" gesprochen, obwohl positiv-rechtlich der richtige Ausdruck das Wort "Vereinigung" wäre³. Dabei wird, entsprechend der Ausrichtung dieser Arbeit auf die Werkvereinsproblematik, mit "Koalition" nur die AN-Koalition bezeichnet⁴.

Die Koalitionsfreiheit wird in Art. 9 Abs. 3 GG wie folgt festgelegt: "Das Recht, zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern versuchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig".

Nach der heutigen h.M. ist der Koalitionsbegriff das *Hauptargument* für die Begründung der Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal⁵, und zwar unabhängig davon, ob *zwischen Koalitionen* im engeren und im weiteren Sinne *unterschieden*⁶

1 Diese ist positiv-rechtlich geregelt in Art. 9 Abs. 3 GG. Näheres z.B. bei Söllner, § 9, 53ff. mit weiteren Verweisen.

2 Vgl. o. § 5 IV E b bei Anm. 112 und § 5 IV F.

3 Der Ausdruck "Koalition" wird als "Kurzformel für die in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG genannte Vereinigung" verwendet, so v. Münch, Art. 9 N. 37.

4 Vgl. o. § 1 I.

5 Näheres zur h.M. u. in Anm. 6 (Autoren, die zwischen zwei Koalitionsarten unterscheiden) und in Anm. 7 (Autoren, die von einem einheitlichen Koalitionsbegriff ausgehen). Nach beiden Versionen gilt die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal. Zur Überbetrieblichkeit als Merkmal der Tariffähigkeit, abgeleitet aus dem TV, vgl. dagegen o. § 2 IV Anm. 22, 28 und 29 und § 5 II B Anm. 21. Gegen die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal vgl. die o. § 4 II B in Anm. 12 genannten Autoren.

6 So die überwiegende Meinung, wonach die Gewerkschaft eine tariffähige Koalition bzw. eine Koalition i.e.S. ist, i.G. zur tariffunfähigen Koalition i.w.S., vgl. dazu z.B.: BVerfGE 4, 96ff., 106ff.; 18, 18ff., 26f.; 20, 312ff., 318ff.; Söllner, § 16 I 1 a, 117; Nikisch, § 57 II 1, 5; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 13; Reuss, 153; derselbe, Koalitionseigenschaft und Tariffähigkeit, in: Festschrift O. Kunze, 1969, 270 "unter Beachtung der historischen Entwicklung und des Grundgesetzes"; Badura, Koalition, 25. Näheres dazu vgl. u. § 6 III B.

oder ob ein *einheitlicher Koalitionsbegriff* angenommen wird⁷. Die Überbetrieblichkeit ist ein Gewerkschaftsmerkmal, weil sie sowohl ein Merkmal der Koalition im engeren Sinne als auch ein Merkmal des einheitlichen Koalitionsbegriffes ist.

Dabei können verschiedene Begründungen auseinandergehalten werden, die im folgenden näher zu prüfen sind.

II. Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal: Die verschiedenen Begründungen

A. Die Bedeutung des Ausdruckes "Beruf" im Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG

Aus dem Wortlaut wird die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal mit dem Hinweis darauf abgeleitet, dass die Koalitionsfreiheit "für alle Berufe" gewährleistet sei. Dieser Zusatz bedeute, dass nur *beruflich*, nicht aber betrieblich organisierte Koalitionen geschützt seien⁸. Gegen diese Auffassung sprechen folgende beiden Gründe: Zum einen hat der Zusatz "für alle Berufe" *entstehungsgeschichtlich* gesehen nicht die erwähnte Bedeutung. Der Gewerbeordnung entnommen, beschränkte sich der Begriff der Vereinigung ursprünglich auf *gewerbliche* Betriebe. Der fragliche Zusatz wurde dann in den Verfassungstext aufgenommen, weil auch *nicht-gewerbliche* Vereinigungen in den Genuss der Koalitionsfreiheit kommen sollten⁹. Die Wendung "für alle Berufe" besagt somit nur, dass sowohl gewerbliche als auch nicht-gewerbliche Vereinigungen geschützt sind, ohne sich zur Frage nach der Organisationsform der Koalitionen zu äussern.

Zum andern ist zu berücksichtigen, dass nach dem *Industrieverbandsprinzip* organisierte Koalitionen unbestrittenermassen auch Koalitionen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG sind¹⁰, was nicht der Fall sein könnte, wenn sich die Koalitionsfreiheit auf berufliche Vereinigungen beschränkte.

Somit lässt sich die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal nicht aus der Wendung "für alle Berufe" ableiten.

B. Die Koalition als Berufsverband aufgrund des Sprachgebrauchs

Das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit wird bisweilen auch damit gerechtfertigt, dass der Koalitionsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauches *nur Berufs- und Industrieverbände*, nicht aber Werkvereine umfasse¹¹. In diesem Sinne ist wohl auch

7 So die Mindermeinung, z.B. Hueck/Nipperdey, § 20 III A, 426; Schaub, § 187, 973ff. und § 199 I 1, 1029; Söllner, § 16 I 1 a, 117 mit weiteren Verweisen. Oft werden hierbei ohne nähere Begründung die Begriffe "Gewerkschaft", "Berufsverband" und "Koalition" gleichgesetzt, so Hueck/Nipperdey, § 6, 81ff.; Kaskel/Dersch, §§ 50 und 51, 276ff.

Hier gilt demnach die Gewerkschaft als einzig mögliche AN-Koalition.

8 So Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 d, 101.

9 Dazu Molitor, Kommentar, § 1 N. 7; Hueck, Recht des Tarifvertrages, Berlin 1920, 30; Ramm, Koalitionsbegriff, 413f.; derselbe in HDSW Art. "Koalitionsrecht".

10 Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 168/9.

11 So Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 b, 100.

die kommentarlose Gleichsetzung von "Koalition" mit "Berufsverband" zu verstehen¹².

Auch wenn angenommen würde, die Verfassung verweise auf den Koalitionsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauches¹³, so scheiterte diese Begründung jedoch daran, dass *kein einheitlicher* Sprachgebrauch festgestellt werden kann, welcher den Koalitionsbegriff mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit versähe. Allein im rechtlichen Schrifttum¹⁴ wird der Begriff der Koalition wahlweise mit einer beträchtlichen Anzahl weiterer Begriffe gleichgesetzt, die alle kein Merkmal der Überbetrieblichkeit aufweisen¹⁵. Demzufolge kann der Koalitionsbegriff nicht deshalb das Merkmal der Überbetrieblichkeit haben, weil dies beim Koalitionsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs der Fall ist. Der allgemeine Sprachgebrauch ist hinsichtlich des Koalitionsbegriffes nicht präziser, als er es bezüglich des Gewerkschaftsbegriffes ist¹⁶. Der Unterschied zwischen den beiden Begriffen besteht im Sprachgebrauch darin, dass unter Gewerkschaft die AN-Koalition verstanden wird, während der Koalitionsbegriff sowohl AG- als auch AN-Koalitionen umfasst.

C. Entstehungsgeschichtlicher Ansatzpunkt

Das Überbetrieblichkeitsmerkmal wird auch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG gefolgert¹⁷. Da diese Bestimmung auf der entsprechenden Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung aufbaut¹⁸, ist zur Prüfung dieser Argumentation vorerst abzuklären, welches der Koalitionsbegriff der WRV war. Diesem Koalitionsbegriff ist dann derjenige des GG gegenüberzustellen.

a. Art. 159 und Art. 165 Abs. 1 WRV

Die Koalitionsfreiheit der Weimarer Zeit wurde durch die Art. 159 und 165 WRV geregelt.

12 Söllner, § 9 I, 53 bei und in Anm. 1 mit weiteren Verweisen; vgl. auch o. § 6 I Anm. 7.

13 Da die Koalitionsfreiheit nicht gewährleistet "wird", sondern "ist", sei aufgrund des Wortlautes des Verfassungstextes auf das Tatsächliche abzustellen, insbesondere die geschichtliche Entwicklung, so Reuss, 145.

14 Und erst recht im umfassenderen allgemeinen Sprachgebrauch, vgl. o. § 4 III.

15 Beispiele: "Arbeitsrechtliche Vereinigung", BVerfGE 18, 18ff., 28 mit Verweis auf BVerfGE 4, 96ff., 106; "arbeitsrechtliche Koalition", Herschel, JuS 1978, 524; "Arbeitnehmerverband", Meissinger, Koalitionsrecht, 66; "soziale Körperschaft", Schnorr, Gewerkschaftsbegriff, 379; "Korporation als Träger der sozialen Selbstverwaltung", Meissinger, Tarifhoheit in der sozialen Selbstverwaltung, RdA 1951, 46.

Nur wenn der Begriff des *Berufsverbandes* verwendet wird, ergibt sich daraus ein Hinweis auf die Überbetrieblichkeit der Koalition, vgl. o. § 6 I Anm. 7. Dies geschieht aber nicht einheitlich, weshalb kein einheitlicher Sprachgebrauch in diesem Sinne gegeben ist.

16 Vgl. o. § 4 III.

17 So z.B. Hueck/Nipperdey, § 6 II 5, 100.

18 Dazu Ramm, Koalitionsbegriff, 415f.; Söllner, § 9 III 2 b, 56 bei den Anm. 20–22.

Der Wortlaut von Art. 159 WRV stimmte grundsätzlich mit demjenigen von Art. 9 Abs. 3 GG überein¹⁹.

Bei Art. 165 war nur Abs. 1 massgebend²⁰, welcher wie folgt lautete: „Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt“.

Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage entwickelten sich *drei verschiedene Koalitionsbegriffe*.

Nach der *individualistischen* Auffassung der Koalitionsfreiheit musste die Koalition nur frei gebildet sein und den verfassungsmässig umschriebenen Zweck verfolgen²¹. Weitere Koalitionsmerkmale wurden abgelehnt, da dadurch die individuelle Koalitionsfreiheit zu stark eingeschränkt und eine unerwünschte Monopolbildung gefördert würde²².

Die h.M. nahm gestützt auf Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV an, die Verfassung garantiere neben der individuellen auch eine *kollektive Koalitionsfreiheit*. Sie forderte daher als zusätzliches Koalitionsmerkmal dasjenige der *tatsächlichen Unabhängigkeit*²³. Eine *Mindermeinung* sah die kollektive Koalitionsfreiheit durch Art. 165 Abs. 1 WRV in der Weise als geschützt an, dass unter Koalitionen nur *Klassenkampf- oder Kampforganisationen* zu verstehen seien. Daher forderte diese kollektivistische Betrachtungsweise das Merkmal der *Überbetrieblichkeit* als Koalitionsmerkmal²⁴.

Der Koalitionsbegriff der WRV wies somit nach h.M. kein Überbetrieblichkeitsmerkmal auf.

b. Art. 9 Abs. 3 GG

Nach dem Wortlaut des GG fehlt dem heute geltenden Verfassungsrecht eine kollektive Koalitionsfreiheit, weil eine Art. 165 WRV entsprechende Regelung fehlt.

19 Gesamttext vgl. o. § 6 I nach Anm. 4.

20 Der übrige Inhalt war programmatischer Natur.

21 Dazu Anschütz, 630; Ramm, Koalitionsbegriff, 414.

22 Hierzu z.B. Badura, Koalition, 19/20 mit Verweisen; Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 4; Söllner, § 16 I 1 a, 117 bei Anm. 5; vgl. auch o. in Anm. 21.

23 Zur Anerkennung einer kollektiven Koalitionsfreiheit z.B. Söllner, § 9 III 2 b, 56 Anm. 20 und 21, 57 Anm. 24 mit Verweisen; Badura, Koalition, 19/20 (das Reichsgericht anerkannte die kollektive Koalitionsfreiheit nicht); Ramm, Tariffähigkeit, 224 (TV als Konnexinstitut der kollektiven Koalitionsfreiheit); Sinzheimer, Grundzüge, 73 und 253. Aus der kollektiven Koalitionsfreiheit leitete die h.M. das Prinzip der Parität zwischen den Koalitionen als TV-Parteien (TV als Konnexinstitut der Koalitionsfreiheit) ab, woraus sich das Tariffähigkeitsmerkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit ergab, Anschütz, 641; Meissinger, Koalitionsrecht, 66 und 68; Restorf, 48ff; Kaskel, Arbeitsrecht 1928, 281; Ramm, Tariffähigkeit, 228.

24 Dazu Nörpel, 617; vgl. auch o. § 4 II A Anm. 3 und § 5 III B (Prinzip der sozialen Selbstverwaltung). Entgegen der h.M. wurde hier vertreten, dass Satz 1 von Art. 165 Abs. 1 WRV nicht nur programmatische Bedeutung habe. Für die h.M. galt nur Satz 2, nämlich: „Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.“ Als Postulat vertraten die Mindermeinung insbes. Sinzheimer, Grundzüge, 253, und Lotmar, 767.

Die Koalitionsfreiheit wird auch nicht mehr unter einem besonderen Kapitel mit der Bezeichnung "Das Wirtschaftsleben" in der Verfassung aufgeführt²⁵. Von Wortlaut und Aufbau her gesehen ist daher die Koalitionsfreiheit des GG *individualistischer* als diejenige der WRV.

Dennoch besteht auch heute eine kollektive Koalitionsfreiheit. Dies ist der *Rechtsprechung* zu verdanken, die unter Hinweis auf das "Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat" an den Weimarer Zustand anknüpft und die Koalitionsfreiheit zu einem Doppelgrundrecht ausbildet²⁶. Die Lehre folgt im grossen und ganzen dieser Ansicht²⁷. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass es einige Meinungen gibt, welche festhalten, dass das *kollektive Moment* bei der Koalitionsfreiheit des GG im Vergleich mit der Koalitionsfreiheit der WRV weniger geschützt sei, weshalb die kollektive Koalitionsfreiheit nicht in gleichem Masse garantiert sein könne²⁸. Was die Koalitionsmerkmale betrifft, so weist die Rechtsprechung darauf hin, dass unter der Geltung der Reichsverfassung von 1919 Rechtsprechung und Rechtslehre besondere Voraussetzungen für die Tariffähigkeit aufgestellt hätten, womit sie lediglich den Begriff der Vereinigung – auch im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG – zutreffend abgegrenzt hätten. U.a. wird dann die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal genannt²⁹.

c. Würdigung

Der entstehungsgeschichtliche Ansatz führt zum Problem, ob die Koalitionsfreiheit nur eine individuelle oder auch eine kollektive Komponente aufweist. Hat sie *nur* eine *individuelle* Komponente, so lassen sich weder die tatsächliche Unabhängigkeit noch die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmale folgern.

25 Dazu Anschütz, 630ff.; der verfassungsmässige Schutz der Koalitionsfreiheit ist also grundsätzlich anders aufgebaut, vgl. z.B. H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 2. A. bearbeitet von F. Klein, Berlin und Frankfurt am Main 1957, Art. 9 Anm. V N. 1–3.

26 Das Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat (vgl. Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG) ergäbe, dass ein Zurückgehen hinter die zur Weimarer Zeit errungenen sozialen Positionen nicht gewollt sei. BVerfGE 4, 96ff., 102; Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. insbes. Zöllner, 74ff. und Leibholz/Rinck, u. in Anm. 37.

27 Söllner, § 9 III 2 b, 56f. mit Verweisen.

28 Die kollektive Koalitionsfreiheit wird durch die individuelle Koalitionsfreiheit bedingt angesehen, und zwar sowohl aus historischen Gründen als auch aus Sinn und Zweck (Drittwirkung, Schutz der negativen Koalitionsfreiheit), so z.B. G. Müller, Die Koalitionen in der Rechtsordnung der BRD, Juristen-Jahrbuch 1969/70, 148; derselbe, Gesellschafts- und staatspolitische Problematik, in: H. Duvernell (Hg.), Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968, 46ff.; Badura, Koalition, 20 bei Anm. 13; Richardi zu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, ZfA 1970, 95. Die individualistische Verankerung der kollektiven Koalitionsfreiheit wird auch durch die Regelung des Arbeitskampfes in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG betont (BGBl. 1968 I 709), wonach nur die individuelle Streikfreiheit respektiert, aber kein von den Koalitionen getragenes Streikrecht garantiert wird, vgl. z.B. Söllner, § 12 I 1, 77f.; ein Streikrecht wird dagegen durch Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta garantiert, vgl. u. § 6 III D insbes. Anm. 105.

29 Grundlegend: BVerfGE 4, 96ff., 106.

Wird mit der h.M. angenommen, es sei *auch eine kollektive Koalitionsfreiheit* gewährleistet, obwohl die Regelung des GG individualistischer ausgestaltet ist als diejenige der WRV, so stellt sich die Frage, ob die Koalition nur tatsächlich unabhängig oder auch überbetrieblich sein müsse. Die h.M. zur Weimarer Zeit verlangte nur das Merkmal der *tatsächlichen Unabhängigkeit*. Da die heutige h.M. unter Hinweis auf die Rechtslage zur Weimarer Zeit das Merkmal der *Überbetrieblichkeit* folgert, ist offensichtlich die seinerzeitige Mindermeinung zur h.M. geworden. Berücksichtigt man jedoch die h.M. zur Weimarer Zeit zusammen mit dem Umstand, dass die Koalitionsfreiheit des GG weniger kollektivistisch ausgestaltet ist als diejenige der WRV, so findet die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal *in der Entstehungsgeschichte keine ausreichende Stütze*. Als Koalitionsmerkmal lässt sich vielmehr nur die tatsächliche Unabhängigkeit rechtfertigen.

D. Folgerungen aus der verfassungsrechtlichen Zweckbestimmung der Koalition

a. Allgemeines

Die Koalitionsfreiheit ist, im Gegensatz zur Vereinsfreiheit und anderen klassischen Freiheitsrechten, keine "zwecklose" Freiheit. Denn sie ist nur zum besonderen Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschützt³⁰.

Werden die Koalitionsmerkmale aus dem verfassungsmässigen Zweck der Koalitionen geschlossen, so lassen sich folgende Meinungen voneinander unterscheiden: Eine *Mindermeinung legt den Koalitionszweck nicht näher aus*, da sie die Regelung nicht als auslegungsbedürftig betrachtet. Koalitionsmerkmale wie dasjenige der tatsächlichen Unabhängigkeit oder dasjenige der Überbetrieblichkeit erscheinen demnach als verfassungswidrig³¹.

Ein derartiges Ergebnis widerspricht allerdings nach h.M. "Sinn und Zweck" der Koalitionsfreiheit, weshalb die h.M. die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung entweder historisch oder systematisch näher bestimmt³².

b. Historische Konkretisierung der Zwecksetzung

Historisch wird der Koalitionszweck in zweifacher Weise konkretisiert.

Nach der einen Ansicht ergibt sich aufgrund der historischen Entwicklung, dass der Koalitionszweck die "*Wahrnehmung kollektiver Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberinteressen, namentlich durch Abschluss von Tarifverträgen und äussersten Falles durch Arbeitskampf*" bedeute³³. Die Vereinigung sei dadurch charakterisiert, dass sie "ihre Zwecke gegenüber einem bestimmten anderen Faktor, gegenüber ihrem *sozialen*

30 Die Koalitionsfreiheit "ist im Rahmen der verfassungsmässigen sozialen Selbstverwaltung *nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck*", so Meissinger, Tarifhoheit in der sozialen Selbstverwaltung, RdA 1951, 46; vgl. auch Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 6.

31 So E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A. Tübingen 1953/4, Bd. II, 370f.

32 Vgl. z.B. Söllner, § 9 III 2 b, 57.

33 Hueck/Nipperdey, § 6 III, 102.

Gegenspieler“ verfolge³⁴. Aus dem *Gegenspielerverhältnis der Koalitionen* ergibt sich so das Merkmal der Überbetrieblichkeit der AN-Koalition, wobei der *Begriff der AN-Koalition mit demjenigen der Gewerkschaft gleichgesetzt wird*³⁵. Damit entwickelt sich die Tariffähigkeit zur Koalitionseigenschaft.

Diese Folge bedeutet nach der anderen Meinung eine Verkenning der historischen Entwicklung, da die Koalitionen vor der Institution des TV bestanden hätten. Daher müsse gerade unter dem historischen Gesichtspunkt *zwischen tariffähigen und tarifunfähigen Koalitionen unterschieden werden*³⁶. Diese Meinung hat sich zur herrschenden Ansicht entwickelt. Allerdings wird dabei die Überbetrieblichkeit sowohl als Merkmal der tariffähigen als auch als Merkmal der tarifunfähigen Koalition gefordert³⁷.

c. Systematische Konkretisierung der Zwecksetzung

Wird der Koalitionszweck systematisch konkretisiert, so erfolgt dies mit Hilfe der *Sozialstaatsklausel*³⁸. Hierbei lassen sich drei verschiedene Versionen voneinander unterscheiden, die auf einer unterschiedlichen Interpretation³⁹ der Sozialstaatsklausel beruhen.

Die Rechtsprechung argumentiert, die Sozialstaatsklausel *garantiere* den in der Weimarer Zeit *erreichten sozialen Stand*⁴⁰. Mit dieser Begründung übernimmt sie die Koalitionsmerkmale, welche zur Weimarer Zeit entwickelt worden sind, u.a. das Merkmal der Überbetrieblichkeit⁴¹.

Eine andere Meinung sieht in der Sozialstaatsklausel den Garanten eines *Prinzips der sozialen Selbstverwaltung*⁴². Dies führt dann zu einer begrifflichen Gleichsetzung

34 Hueck/Nipperdey, § 6 III d, 104. Die gleiche Ansicht kommt zum Ausdruck, wenn in der Koalitionsfreiheit ein “verfassungsrechtlicher Schutz des organisierten Gegensatzes”, so R. Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, 33, oder eine Institutionalisierung des Gegenspielerverhältnisses gesehen wird. Näheres bei Badura, Koalition, 19 Anm. 6–9; Maunz/Dürig, N. 161ff.

35 Der Koalitionsbegriff wird einschränkend an der “intendierten ... Kampf- und Ausgleichsordnung ausgerichtet”, so Badura, Koalition, 24; vgl. auch Reuss, 144; Schnorr, Gewerkschaftsbegriff, 377; Hueck/Nipperdey, § 20 III A, 426.

Die Überbetrieblichkeit ergibt sich dabei entweder aus der Arbeitskampffähigkeit, so z.B. Hueck/Nipperdey, § 20 III A 12, 435 und oben § 5 III A, oder aus dem Prinzip der sozialen Gegenspielererschaft, so z.B. Söllner, § 9 I 1, 53.

36 Nikisch, § 57 II 1, 5.

37 Vgl. o. § 6 I Anm. 6. Zur Unterscheidung von zwei Koalitionsarten vgl. sodann BVerfGE 20, 312ff., 317; Leibholz/Rinck, GG für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar anhand der Rechtsprechung des BVerfG, 4. A. Köln 1971, § 9 N. 8; Zöllner, 91ff.; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 99.

38 Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 4 Anm. 3 und 8; Herschel, Zum BVerfGE vom 18.11.1954, ArbuR 1955, 30.

39 Vgl. hierzu z.B. E. Post, Zur Verwendung des Sozialstaatsargumentes im Arbeitsrecht, ZfA 1978, 423ff.; vgl. auch o. § 5 IV C Anm. 65 und § 5 IV D b Anm. 81.

40 Vgl. o. § 6 II C b Anm. 26.

41 Vgl. o. § 6 II C b Anm. 29.

42 So z.B. Meissinger, Tarifhoheit in der sozialen Selbstverwaltung, RdA 1951, 46; derselbe, Aufgaben und Ziele der Sozialen Selbstverwaltung, ArbuR 1955, 200ff.; derselbe, Koalitionsrecht, 66f.; Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 6; Badura, Koalition, 23f. mit weiteren Verweisen.

von Koalition und Gewerkschaft, da die Koalition als Partei der sozialen Selbstverwaltung u.a. auch tariffähig ist⁴³.

Was die Bildung der Koalitionsmerkmale betrifft, so werden sie entweder funktional aus den Aufgaben abgeleitet, welche den Koalitionen im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung zustehen, oder dann direkt aus dem Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gefolgert⁴⁴. Auf beiden Wegen ergibt sich die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal. Bei funktionaler Betrachtungsweise muss die Koalition deshalb überbetrieblich sein, weil sie sonst ihre Aufgaben nicht erfüllen kann⁴⁵. Wird das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung herangezogen, so folgt die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal aus der Ordnungsfunktion der Koalitionen⁴⁶.

Nach einer dritten Ansicht bedeutet die Sozialstaatsklausel die *Gewährleistung eines Prinzips des sozialen Ausgleichs*⁴⁷. Auf den Koalitionszweck bezogen lässt sich daraus das Gebot einer Ungleichbehandlung von AN- und AG-Koalitionen mit dem Zweck der Herstellung echter Parität folgern. Aus dem Paritätszweck ergibt sich dann für die AN-Koalition das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit⁴⁸.

43 Die Tariffähigkeit ist Teil der umfassenderen Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung, d.h. die Koalition kann nicht nur einen TV abschliessen, sondern sie übt im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung weitergehende Befugnisse aus: "Wir haben heute gelernt, dass der Tarifvertrag nur ein Teilstück der Sozialen Selbstverwaltung, die verfassungs- und arbeitsrechtliche Eignung der Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 also nicht nur in der Fähigkeit zum Abschluss von Tarifverträgen erschöpft ist. Vielmehr ist mit der Anerkennung dieser Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG auch die Eigenschaft zur Sozialpartnerschaft verbunden", so Meissinger, Koalitionsrecht, 68. Diese Folgerung kann auch aus der spezifisch koalitions-mässigen Betätigung abgeleitet werden, die nach h.M. nicht nur das Recht auf Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch TV enthält, sondern jede Tätigkeit zur Erfüllung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gestellten Aufgaben umfasst, so z.B. Söllner, § 9 III 2 b, 57 mit Verweisen. Dementsprechend ist auch die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie über den Schutz eines TV-Systems hinaus ausgedehnt.

In der Rechtsprechung findet sich der gleiche Gedanke, allerdings nur für die Koalition i.e.S., wenn gesagt wird, diese Koalitionen hatten die "im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens", so BVerfGE 20, 312ff., 317; vgl. auch Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 15; Zöllner, 86. Näheres dazu u. § 6 III.

44 Vgl. o. § 5 III B. Das Prinzip hat den gleichen Inhalt, unabhängig davon, ob es den TV oder die Koalitionsfreiheit gestalte. Der Unterschied besteht nur in der Frage, ob die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal aus dem TV oder dem Koalitionsbegriff zu gewinnen sei. Näheres dazu vgl. u. § 6 III C.

45 Meissinger (N. 42); Herschel, JuS 1978, 525f. spricht von "instrumentaler Betrachtungsweise" und der "Tauglichkeit der Koalition im engeren Sinne".

46 Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 6; derselbe, Gewerkschaftsbegriff, 379ff. Für den Begriff der Koalition i.e.S. fragt sich das BVerfG bei der Bildung von Koalitionsmerkmalen im allgemeinen, "ob gerade (das betreffende Merkmal) so wesentlich ist, dass ohne ... (es) die im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden, nicht erfüllt werden kann", so BVerfGE 18, 181f., 27; vgl. auch o. § 6 II D c Anm. 43. Die Abgrenzung zwischen funktionaler Betrachtungsweise und der Begründung aus der Ordnungsfunktion erscheint als unmöglich, da der Übergang fließend ist. Näheres u. § 6 II E.

47 Ramm, Parteien, 89.

48 Ramm, Parteien, 89ff.; derselbe, Tariffähigkeit, 229, unter Betonung der Schutzfunktion des TV, vgl. auch o. § 5 III C.

d. Würdigung

Bei der Untersuchung der Zweckbestimmung der Koalition stellt sich vorerst die Frage, ob die Zweckbestimmung überhaupt *auslegungsbedürftig* sei. Da eine Auslegung zu einer Beschränkung des Kreises der möglichen Koalitionen führt, spricht die individualistisch-freiheitliche Komponente der Koalitionsfreiheit gegen eine Auslegung⁴⁹. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Wortlaut offen und unbestimmt formuliert ist⁵⁰. Zudem hat die Sozialstaatsklausel für sämtliche Aussagen des GG eine Konkretisierungsfunktion⁵¹. Daher ist eine Auslegung des Koalitionszweckes angebracht.

Aus der *historischen Auslegung* lässt sich die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal *nicht* gewinnen. Denn hier wird der Koalitionszweck auf das soziale Gegenspielerverhältnis bezogen, woraus eine Gleichsetzung der spezifisch koalitions-mässigen Betätigung mit der tarifvertraglichen Betätigung resultiert, ist doch das soziale Gegenspielerverhältnis durch den TV bedingt⁵². Für die Koalitionsmerkmale bestimmend ist dann aber nicht die Koalitionsfreiheit, sondern der TV. Aus dem TV aber lässt sich das Merkmal der Überbetrieblichkeit nicht ableiten⁵³.

Was die Unterscheidung von Koalitionsarten nach dem Kriterium der Tariffähigkeit betrifft, so ist hier nicht ersichtlich, wieso auch die tarifunfähige Koalition überbetrieblich sein muss. Da die Überbetrieblichkeit mit dem TV zusammenhängt⁵⁴, dieser aber für die tarifunfähige Koalition gerade nicht wesentlich ist, lässt sich m.E. das Merkmal der Überbetrieblichkeit für die tarifunfähige Koalition i.w.S. nicht rechtfertigen.

Mit der *systematischen Konkretisierung* der Zwecksetzung kann das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit nur dann gerechtfertigt werden, wenn *aufgrund der Sozialstaatsklausel das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gilt*. Dabei bestehen gegen die rein funktionale Betrachtungsweise Vorbehalte allgemein-rechtlicher Natur⁵⁵, wogegen systematisch gesehen die Überbetrieblichkeit aus der *Ordnungsfunktion* der Koalitionen als Parteien der sozialen Selbstverwaltung abgeleitet werden kann⁵⁶.

Die *andern beiden* systematischen Interpretationen führen *nur* zum Erfordernis der tatsächlichen Unabhängigkeit. Wird mit Hilfe der Sozialstaatsklausel an den sozialen Stand der Weimarer Zeit angeknüpft, so folgt daraus das Merkmal der tatsächlichen

49 Vgl. o. § 6 II C b Anm. 28; Ramm, Koalitionsbegriff, 414f.

50 Vgl. Zöllner, 73; Richardi zu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, ZfA 1970, 85ff., insbes. 91.

51 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 38 und 39.

52 Vgl. o. § 5 III A. Der TV ist hier ein Konnexinstitut der Koalitionsfreiheit, vgl. o. in Anm. 23.

53 Vgl. o. § 5 IV F.; vgl. auch o. § 6 II C a Anm. 23; Die historische Interpretation, welche nicht zwischen Koalitionen im weiteren und engeren Sinne unterscheidet, übersieht zudem, dass nach Art. 9 Abs. 3 GG der TV kein Konnexinstitut der Koalitionsfreiheit mehr ist, da eine Art. 165 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Bestimmung fehlt, vgl. auch o. § 6 II C b und u. § 6 III B.

54 Vgl. o. § 5 III A und § 5 IV F.

55 Vgl. dazu z.B. Burckhardt, 102, 294ff.; Näheres u. § 6 II E.

56 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 44, 46.

Unabhängigkeit aufgrund der damaligen h.M. Nur eine Anknüpfung an die damalige Mindermeinung würde das Merkmal der Überbetrieblichkeit bringen. Für diese Mindermeinung spricht aber nach heutigem Recht noch weniger als zur Zeit der WRV⁵⁷. Bedeutet die Sozialstaatsklausel die Gewährleistung eines Prinzips des sozialen Ausgleichs, so ergibt sich das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit daraus, dass es zur Herstellung der beabsichtigten Parität genügt⁵⁸.

Ob das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung, dessen Geltung *allein* die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal rechtfertigte, das massgebende ist, kann hier nicht abschliessend gesagt werden, da die beiden anderen Konkretisierungen der Koalitionsfreiheit durch die Sozialstaatsklausel auf den ersten Blick⁵⁹ als ebenso vertretbar erscheinen. Das Merkmal der Überbetrieblichkeit kann somit *nicht mit genügender Eindeutigkeit* aus dem Koalitionszweck geschlossen werden. Ob es gefordert werden kann, hängt vielmehr von der richtigen Deutung der Sozialstaatsklausel im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit ab.

E. Funktionale Betrachtungsweise

Das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit wird bisweilen auch *rein funktional* aus dem Koalitionszweck gefolgert. Dabei wird angenommen, die Koalitionen seien zum Zwecke der sozialen Selbstverwaltung geschützt⁶⁰. Die daher von den Koalitionen verlangte Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung richtet sich nach den *Aufgaben*, welche die Koalitionen im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung zu erfüllen haben.

Das Überbetrieblichkeitsmerkmal wird aus den Koalitionsaufgaben abgeleitet, welche die Koalition nicht erfüllen könnte, wenn sie nicht überbetrieblich organisiert wäre⁶¹.

Die funktionale Betrachtungsweise ist einerseits allgemein-rechtlich problematisch, weil dabei statt der in der entsprechenden Norm enthaltenen rechtlichen Wertung reine Zweckmässigkeitsüberlegungen entscheidend sind⁶². Bezogen auf die Koalitionsfreiheit führt diese Betrachtungsweise dazu, dass nur die *repräsentativsten* Koalitionen geschützt sind. Da dadurch die Bildung neuer Koalitionen verunmöglicht wird, widerspricht dies der Koalitionsfreiheit, welche einen individuellen Schwerpunkt hat⁶³.

57 Vgl. o. § 6 II C a und § 6 II C c.

58 Vgl. o. § 5 III A und § 6 II C a Anm. 23.

59 Denn jede Begründung betont in irgendeiner Weise das soziale Moment.

60 Die funktionale Betrachtungsweise entspricht damit im Resultat der funktionalen Konkretisierung des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung, vgl. o. § 6 II D c Anm. 45.

61 Die Aufgaben werden nicht näher bestimmt. Es wird allgemein von einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens gesprochen, die über die reine Tariftätigkeit hinaus geht, vgl. o. § 6 II D c Anm. 43 und 46.

62 Vgl. Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 3ff.; Konsequenz dieser Betrachtungsweise ist, dass das Koalitionsmerkmal der Organisation nach dem Fachprinzip verlangt wird, so Meissinger, Soziale Selbstverwaltung im Fachprinzip, ArbuR 1955, 1ff.; dieses Merkmal vermochte sich allerdings nicht durchzusetzen, vgl. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 168/9; vgl. auch o. § 6 II D d Anm. 55.

63 Vgl. o. § 6 II C c.

Andererseits sind Zweckmässigkeitserwägungen insofern wichtig, als eine rechtliche Lösung auch zweckgerecht sein muss, will sie praktikabel sein. Dem Spannungsverhältnis zwischen Wertungs- und Zweckgerechtigkeit einer Lösung kann bei der hier konkreten Fragestellung⁶⁴ dadurch Rechnung getragen werden, dass die rein funktionale Betrachtungsweise nicht als entscheidendes, sondern nur als ergänzendes Kriterium zu Rate gezogen wird⁶⁵.

Ob die Koalition aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise überbetrieblich organisiert sein müsse, kann daher nicht abschliessend beurteilt werden. Immerhin handelt es sich um eine Begründung, welche eine andere Begründung der Überbetrieblichkeit, beispielsweise diejenige mit dem Prinzip der sozialen Selbstverwaltung⁶⁶, stützen kann.

F. Ergebnisse

Von den verschiedenen Begründungen des Koalitionsmerkmals der Überbetrieblichkeit *scheiden einmal diejenigen aus*, welche als *grammatikalische*⁶⁷ und als *entstehungsgeschichtliche*⁶⁸ bezeichnet werden können. Sie widersprechen den Materialien, mit welchen sie zu begründen versucht werden. Es ist somit davon auszugehen, dass die Wendung des Verfassungstextes "für alle Berufe" ebensowenig einen Hinweis auf die Koalition als *Berufsverband* bringt wie die Entstehungsgeschichte einen solchen auf die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal.

Mangels eines einheitlichen Sprachgebrauchs kann auch nicht gesagt werden, die Koalition sei deshalb überbetrieblich, weil der Koalitionsbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs dieses Merkmal aufweise⁶⁹.

Dagegen kann das Überbetrieblichkeitsmerkmal aus dem verfassungsmässigen *Koalitionszweck* gewonnen werden, sofern dieser *nicht historisch*⁷⁰, sondern *systematisch* interpretiert wird. Voraussetzung ist dabei allerdings, dass massgebendes Prinzip der Koalitionsfreiheit das *Prinzip der sozialen Selbstverwaltung* ist⁷¹. Ob dies zutrifft, hängt davon ab, wie die *Sozialstaatsklausel* die Koalitionsfreiheit prägt. Es ist daher eine nähere Untersuchung der Koalitionsfreiheit nötig.

Eine derartige Untersuchung ist auch deshalb erforderlich, weil bei der hilfsweisen funktionalen Konkretisierung der Zwecksetzung⁷² genau bekannt sein muss, *welche Aufgaben* den Koalitionen zustehen. Eine nähere Prüfung der Koalitionsfreiheit ist

64 Nämlich inwiefern die Überbetrieblichkeit als Merkmal der Koalition aus dem Aufgabenbereich bzw. der Ordnungsfunktion der Koalition gewonnen werden kann, vgl. auch o. § 6 II D c Anm. 45 und 46.

65 Die im Zusammenhang mit der phänomenologischen Methode geäusserten Argumente können analog auch hier gelten, vgl. auch o. § 4 IV C.

66 Vgl. o. § 6 II D d Anm. 56.

67 Vgl. o. § 6 II A.

68 Vgl. o. § 6 II C.

69 Vgl. o. § 6 II B.

70 Vgl. o. § 6 II D b und § 6 II D d.

71 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 42 und § 6 II D d Anm. 55 und 56.

72 Vgl. o. § 6 II E.

schliesslich deshalb angebracht, weil nach h.M. das richtige *Wesen des TV* von der Koalitionsfreiheit abhängig ist⁷³.

III. Voraussetzungen für die Annahme der Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal

A. Koalitionsfreiheit und das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung

Die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal kann mit dem Prinzip der sozialen Selbstverwaltung begründet werden⁷⁴. Würden die Koalitionen durch dieses Prinzip geprägt, so hätten sie als Parteien der sozialen Selbstverwaltung die verfassungsrechtliche Stellung von eigentlichen Repräsentanten der Arbeitgeber- bzw. der Arbeitnehmerschaft. Wegen der damit verbundenen Repräsentativ- und Ordnungsfunktion müssten sie überbetrieblich sein⁷⁵.

Eine derartige Stellung mass eine Mindermeinung den Koalitionen aufgrund von Art. 165 WRV zu, welcher Artikel als Basis für die Verwirklichung der Idee der Wirtschaftsdemokratie angesehen wurde⁷⁶. Eine ähnlich selbständige Stellung der Koalitionen kann es aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG schon deshalb nicht geben, weil eine Art. 165 WRV entsprechende Garantie einer kollektiven Koalitionsfreiheit fehlt⁷⁷. Die kollektive Koalitionsfreiheit des geltenden Rechts ist insofern vergleichsweise weniger geschützt, als sie aus der individuellen Koalitionsfreiheit abgeleitet bzw. in sie hineininterpretiert werden muss. Daher auch geniesst die kollektive Koalitionsfreiheit nur einen *Kernbereichsschutz*⁷⁸.

Trägt man der letztlich individuellen Verankerung der kollektiven Koalitionsfreiheit und den Unterschieden zur Weimarer Rechtslage Rechnung, so verbietet sich eine Beschränkung der verfassungsrechtlich geschützten Koalitionen auf die Parteien der sozialen Selbstverwaltung. Denn dadurch würden nur repräsentative Koalitionen geschützt, was den Kreis der geschützten Koalitionen über Gebühr einschränkte. Dies wäre aber dem Schutzbedürfnis des AN abträglich. Zudem würde auch die Bildung neuer Koalitionen praktisch verunmöglicht, da eine Koalition in der Regel nicht schon von Anfang an repräsentativ ist, sondern dies erst mit der Zeit werden kann. Die Sozialstaatsklausel, welche zur Begründung der kollektiven Koalitionsfreiheit schon genügend beansprucht wird⁷⁹, hätte ein zu grosses Gewicht, wenn mit ihrer

73 Vgl. o. § 5 IV E b und § 5 IV F.

74 Vgl. o. § 6 II D d und § 6 II F.

75 Dies ergibt sich bereits für die AN-Koalition als Partei eines ave-TV, vgl. o. § 5 IV B d und e; vgl. auch o. § 6 II C a Anm. 24.

76 Und zwar in Art. 165 Abs. 1 Satz 1 WRV, welcher jedoch nach h.M. nur programmatische Bedeutung hatte, vgl. o. § 6 II C a Anm. 24. Als "berufene" Vertreter der Arbeitnehmerschaft erscheinen die AN-Koalitionen auch nach der von Sinzheimer geprägten Idee der sozialen Selbstverwaltung, vgl. o. § 5 III B, § 5 IV D d und § 6 II C a Anm. 24, sowie nach den Vorstellungen der Zentralarbeitsgemeinschaft, vgl. o. § 4 II A.

77 Vgl. o. § 6 II C b Anm. 28 und § 6 II C c.

78 Vgl. z.B. Söllner, § 9 III 2 b, c, 57f.; Wiedemann Stumpf, Kommentar, Einleitung N. 33.

79 Vgl. o. § 6 II C b Anm. 26, inbes. Zöllner, 74ff.

Hilfe die Bildung neuer Koalitionen praktisch verunmöglicht werden könnte⁸⁰. Damit würde die individuelle Koalitionsfreiheit ausgehöhlt. Demnach wird die Koalitionsfreiheit nicht durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt, und die Koalition kann nicht aus diesem Grunde das Merkmal der Überbetrieblichkeit aufweisen⁸¹.

B. Koalitionen im engeren und im weiteren Sinne

Dass die kollektive Koalitionsfreiheit⁸² nicht durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung bestimmt wird, heisst jedoch nicht, dass das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung nicht im Rahmen der Koalitionsfreiheit einen *verfassungsrechtlichen Schutz* genösse. Folge der individuellen Verankerung der kollektiven Koalitionsfreiheit ist vielmehr nur, dass das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung kein derart entscheidendes Gewicht haben kann, dass ein einheitlicher Koalitionsbegriff existiert, welcher durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt wird.

Die Möglichkeit einer Unterscheidung von Koalitionsarten, bei denen die *eine Art* durch das *Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gekennzeichnet wird*, während die *andere Art* im Sinne der Koalitionsfreiheit einen möglichst weiten Koalitionsbegriff darstellt⁸³, ist nicht ausgeschlossen. Wird dabei als Unterscheidungskriterium die *Tariffähigkeit* genommen, so entspricht dies der h.M., welche zwischen *tariffähigen Koalitionen* (Koalitionen i.e.S.) und *tarifunfähigen Koalitionen* (Koalitionen i.w.S.) unterscheidet⁸⁴. Für die *Koalition i.w.S.* ist dann das Merkmal der Überbetrieblichkeit ausgeschlossen. Wird nämlich dieses Merkmal mit dem TV begründet, so kann es nicht für die *tarifunfähige Koalition i.w.S.* gelten, da diese gerade nicht durch den TV bestimmt wird⁸⁵. Sodann ist diese Art von Koalition auch nicht Partei der sozialen Selbstverwaltung, weshalb ihr keine Ordnungsfunktion zusteht, derzufolge sie über-

80 Denn auch die Anwendung der Sozialstaatsklausel hat das Grundrecht der individuellen Freiheit und Entfaltung zu respektieren, vgl. z.B. Richardi zu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, ZfA 1970, 85ff., 95; Schnorr, Bundesverfassungsgericht, 5ff.; Söllner, § 16 I 1, 117 bei Anm. 5.

81 Es besteht kein Begriff der AN-Koalition, welcher mit demjenigen der Gewerkschaft identisch wäre, vgl. o. § 6 II D c Anm. 43.

82 Deren Existenz in unterschiedlichem Grade im deutschen Verfassungsrecht anzunehmen ist, vgl. o. § 6 II C b.

83 Im Sinne des individualistischen Koalitionsbegriffes, vgl. o. § 6 II C a Anm. 21 und § 6 II D a Anm. 31.

84 Vgl. o. § 6 I Anm. 6; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 99: "Der weite Koalitionsbegriff der Verfassung ist mit dem engeren des tariffähigen Berufsverbandes nicht identisch". Die individualistische Verankerung der Koalitionsfreiheit (vgl. o. § 6 II C c), welche eine Beschränkung der AN-Koalitionen auf Gewerkschaften verbietet (vgl. auch o. § 6 III A), gebietet geradezu eine Unterscheidung von Koalitionen im weiteren und engeren Sinne, soll wegen der damit verbundenen Aufgaben nicht jede Koalition zugleich Partei der sozialen Selbstverwaltung sein können. Auf diese Weise können ohne Verletzung der Koalitionsfreiheit einschränkende Merkmale für die Koalition i.e.S. als Partei der sozialen Selbstverwaltung gebildet werden, da daneben die Koalition i.w.S. als Auffangbegriff existiert.

85 Vgl. o. § 6 II D d Anm. 54.

betrieblich sein müsste⁸⁶. Da die Koalition i.w.S. den allgemeinen Koalitionszweck verfolgt, sind hier nur diejenigen Merkmale erforderlich, welche sich aus dem Wortlaut schliessen lassen und nicht aus einer irgendwie gearteten, spezifisch koalitions-mässigen Betätigung abgeleitet werden müssen⁸⁷.

Bei der *Koalition i.e.S.* stellt sich dann die Frage, inwiefern sie wegen des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung überbetrieblich sein müsse.

C. Überbetrieblichkeit als Merkmal der Koalition im engeren Sinne

Aus dem Umstand, dass die Koalition i.e.S. *tariffähig* ist⁸⁸, kann nicht abgeleitet werden, dass das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gültig sei. Wie die Untersuchung des TV ergeben hat, ist dieses Prinzip im Rahmen des TV gerade nicht haltbar⁸⁹. Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung muss also verfassungsrechtlich durch die *Koalitionsfreiheit* bedingt sein.

Merkmal der Koalition i.e.S. ist nicht nur, dass sie tariffähig ist, sondern auch, dass sie an der *Tarifautonomie* beteiligt ist. Die Tarifautonomie ist das verfassungsmässige Recht, "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Tarifverträgen selbstverantwortlich zu regeln"⁹⁰. Die Tarifautonomie ist nur *ein* Mittel unter anderen, welches den Koalitionen durch die Koalitionsfreiheit zur Verfügung gestellt wird⁹¹. Es ist das historisch primäre Mittel. Gestützt auf die Koalitionsfreiheit hat nun der einfache Gesetzgeber den tariffähigen Koalitionen im Laufe der Zeit *zusätzliche Betätigungsrechte* eingeräumt. Dadurch hat sich die Tarifautonomie zu einer umfassenderen sozialen *Selbstverwaltungsautonomie* entwickelt⁹². Die Tarifautonomie gewährleistet

86 Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung prägt die kollektive Koalitionsfreiheit nicht grundlegend, sondern nur insoweit, als es die Bildung des Begriffes der Koalition i.e.S. verfassungsrechtlich ermöglicht.

87 Zur spezifisch koalitions-mässigen Betätigung (Tariftätigkeit, Beteiligung an der sozialen Selbstverwaltung) vgl. o. in Anm. 43 und § 6 III B allgemein.

Die Tariftätigkeit und die Beteiligung an der sozialen Selbstverwaltung sind keine spezifischen Tätigkeitsbereiche der Koalition i.w.S. Deswegen muss diese Koalitionsart nicht überbetrieblich organisiert sein. Vgl. dazu auch v. Münch., Art. 9 N. 40; Ramm, Arbeitskampf, 176; Däubler, ArbUR 1977, 287; Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, München 1969, 62. Die Koalition i.w.S. muss aber auch nicht tatsächlich unabhängig sein, wie die erwähnten Autoren meinen, weshalb Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. A. Tübingen 1953 4. Bd. II, 370 zuzustimmen ist. Denn das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit ist durch den TV und insoweit auch durch die spezifisch koalitions-mässige Betätigung bedingt. Da die Koalition i.w.S. gerade keine Tariftätigkeit ausübt, ist ihre Unabhängigkeit nicht geboten.

88 Vgl. o. § 6 I Anm. 6 und § 6 III B Anm. 84.

89 Vgl. o. § 5 IV F.

90 Wiedemann/Stumpf, Kommentar, Einleitung N. 1.

91 Die spezifisch koalitions-mässige Betätigung besteht nicht nur in der Tariftätigkeit, vgl. Söllner, § 9 III 2 b, 57; vgl. auch o. in Anm. 43.

92 Damit ist die Tariffähigkeit ein Teil der Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung bzw. zur Sozialpartnerschaft. Das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit entspringt nicht dem TV, sondern dem Begriff der Koalition i.e.S., welche fähig zur sozialen Selbstverwaltung und damit auch tariffähig ist. Die Gewerkschaft hat überbetrieblich zu sein, weil es die mit ihr identische AN-Koalition i.e.S. ist.

nicht nur den TV, sondern weitere *autonome* Betätigungsrechte der Koalitionen⁹³. Insofern ist der Hinweis auf den TV im Ausdruck "Tarifautonomie" irreführend und überholt. Die Tarifautonomie konnte über den TV hinaus zur sozialen Selbstverwaltungsautonomie ausgedehnt werden, weil dies offenbar verfassungsrechtlich gewährleistet wurde. Hier ist der Ort des *verfassungsmässigen Prinzips der sozialen Selbstverwaltung*. Da den Koalitionen i.e.S. über den TV hinausgehende autonome Betätigungsrechte zustehen, werden sie mithin durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung bestimmt. Daher lässt sich die Überbetrieblichkeit als Merkmal der Koalition i.e.S. rechtfertigen. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal ergibt sich aber auch aus der gesteigerten Ordnungsfunktion⁹⁴ dieser Koalitionsart, welche neben der Tariftätigkeit noch zusätzliche Aufgaben wahrnimmt. Wichtig ist, dass die Koalition i.e.S. nicht als TV-Partei, sondern als Partei der sozialen Selbstverwaltung das Überbetrieblichkeitsmerkmal aufweist. Denn es ist nicht der mögliche Inhalt des TV ausgedehnt worden, so dass mittels TV eine umfassendere soziale Selbstverwaltung durchgeführt wird, sondern es sind die möglichen autonomen Befugnisse der tariffähigen Koalition über die blosse Tariftätigkeit hinaus ausgedehnt worden.

Das verfassungsrechtliche Prinzip der sozialen Selbstverwaltung ändert demnach am Wesen des TV nichts⁹⁵. Es beeinflusst den TV nur *indirekt*, nämlich über den Begriff der Gewerkschaft. Da nämlich die Gewerkschaft die Koalition i.e.S. ist⁹⁶ und diese durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt wird, hat die *Gewerkschaft als Koalition i.e.S.* überbetrieblich zu sein.

Aus der Entwicklung des Begriffes der Tarifautonomie heraus lässt sich auch erklären, wieso für den TV nach h.M. die *Delegationstheorie* gilt. Die Delegationstheorie erklärt nicht den TV, sondern die Tarifautonomie. Da die Tarifautonomie infolge der einfachgesetzlichen Rechtssetzung nicht nur den TV, sondern eine weitergehende soziale Selbstverwaltung umfasst, begründet die Delegationstheorie genau besehen nicht mehr den TV, sondern die Tarifautonomie. Die Delegationstheorie enthält nicht ein richtiges TV-Verständnis, sondern ein richtiges Verständnis der

93 Insbesondere im Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, im Betriebsverfassungsrecht und im Mitbestimmungsrecht, vgl. Maunz/Dürig, N. 161ff.

94 Nicht nur zur Erfüllung der ihr überlassenen Aufgaben, sondern auch wegen ihrer Ordnungsfunktion hat die Koalition i.e.S. das Überbetrieblichkeitsmerkmal aufzuweisen, vgl. auch o. § 6 II D c Anm. 46.

95 Aufgrund dieses Prinzips hat der TV nämlich nicht überwiegend Ordnungsfunktion, weshalb auch nicht die Geltung des TV-Prinzips der sozialen Selbstverwaltung (vgl. o. § 5 III B) gefolgt werden kann. Die Tarifautonomie ist nicht zugunsten eines grösseren TV-Bereichs ausgedehnt worden, sondern in dem Sinne, dass die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung nicht nur die Tariftätigkeit ist, sondern eine weitergehende soziale Selbstverwaltung, vgl. o. § 6 II D c Anm. 43.

96 Da nur aufgrund der Tariffähigkeit zwischen zwei Koalitionsarten unterschieden wird (vgl. o. § 6 III B, insbes. Anm. 84), entwickelt sich die Gewerkschaft von der tariffähigen Koalition aufgrund des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung zur Koalition, welche fähig zur sozialen Selbstverwaltung ist. Allein deswegen hat die Gewerkschaft dann auch überbetrieblich zu sein. Sie müsste nicht überbetrieblich sein, wenn zwischen *drei* Koalitionsarten unterschieden würde, nämlich der tariffunfähigen, der tariffähigen und der sozialpartnerschaftsfähigen Koalition. Die *erste* Koalitionsart hätte dann weder tatsächlich unabhängig noch überbetrieblich zu sein. Die *zweite* hätte wegen des TV tatsächlich unabhängig und die *dritte* als Partei der sozialen Selbstverwaltung überbetrieblich zu sein.

Tarifautonomie, welche sich zur umfassenderen sozialen Selbstverwaltungsautonomie entwickelt hat.

Deshalb auch lässt sich die Delegationstheorie nicht mit dem TVG rechtfertigen, sondern nur mit der Koalitionsfreiheit, d.h. der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie, welche zur *umfassenderen sozialen Selbstverwaltungsautonomie entwickelt worden ist*. Nicht aus dem Gewerkschaftsbegriff des TVG, sondern aus dem *verfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff*, welcher dem Begriff der AN-Koalition i.e.S. entspricht, ergibt sich das Überbetrieblichkeitsmerkmal der Gewerkschaft.

D. Verfassungsrechtlicher Gewerkschaftsbegriff und positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung

Indem die Koalitionsfreiheit eine ausgedehnte Tarifautonomie und das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung schützt, schafft sie nicht ein positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung, sondern sie schützt bloss ein solches⁹⁷. Insofern wird der *verfassungsrechtliche Gewerkschaftsbegriff* nicht von der Verfassung *geschaffen*, sondern *nur von ihr geschützt*. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal sollte demnach nicht allein mit dem abstrakten Prinzip der sozialen Selbstverwaltung begründet werden können, sondern es sollte sich aus dem *positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung* als Merkmal des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffes ergeben. Der Gewerkschaftsbegriff sollte dabei ein einheitlicher sein, weil es sich um ein *System* handelt, in welchem es nur *eine* Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite geben kann⁹⁸, wie es auch nur *einen* und nicht mehrere Begriffe der Koalition i.e.S. gibt⁹⁹.

Zum *positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung* gehören neben dem Tarifvertragsrecht insbesondere das Arbeitskampfrecht, das Schlichtungsrecht, das Betriebsverfassungsrecht und das Mitbestimmungsrecht¹⁰⁰. Da der Begriff der Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite im Rahmen dieses Systems ein einheitlicher sein muss, ist die Überbetrieblichkeit bereits dann ein Merkmal des verfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriffes, wenn sie ein Merkmal des massgebenden AN-Kollektives in einem der genannten Rechtsgebiete ist.

97 Wie aufgrund der Koalitionsfreiheit auch nur "ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits" bereitzustellen ist, so BVerfGE 4, 96ff., 108. Es ist denn auch Aufgabe des einfachen Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Tariffähigkeit "im einzelnen zu normieren und der jeweiligen gesellschaftlichen Wirklichkeit so anzupassen, dass die Koalitionen ihre Aufgabe erfüllen können", so BVerfGE 20, 312ff., 318; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 15 und N. 98. Analoges gilt für die Voraussetzungen der Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung.

98 Es gilt denn auch ein einheitlicher Gewerkschaftsbegriff im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung, vgl. z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 48ff.; Meisinger, Koalitionsrecht, 68f.; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese, Betriebsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Neuwied/Berlin ab 1973, § 2 N. 17; BAG, ArbUR 1977, 281ff., 283, 286.

99 Vgl. o. § 6 III C Anm. 96.

100 Zu diesem System können alle jene Rechtsgebiete gezählt werden, die den Koalitionen eine mehr oder weniger autonome Rechtsposition einräumen, vgl. z.B. Söllner, 43.

Aus dem *Tarifvertragsrecht* lässt sich, wie oben dargestellt, das Überbetrieblichkeitsmerkmal für den Gewerkschaftsbegriff nicht gewinnen¹⁰¹. Als nächstes Rechtsgebiet ist das *Arbeitskampfrecht* zu untersuchen, welches das Tarifvertragsrecht ergänzt¹⁰². Obwohl die „Aufnahme eines Streikrechts in das GG im Jahre 1949 gerade daran gescheitert ist, dass man den gewerkschaftlichen Arbeitskampf nicht privilegieren ... wollte“¹⁰³, ist nach der Rechtsprechung des BAG und gemäss h.L. das massgebende AN-Kollektiv im Arbeitskampfrecht die Gewerkschaft¹⁰⁴. Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass in Verbindung mit dem durch die Europäische Sozialcharta garantierten *Streikrecht*¹⁰⁵ dem Streik *Suspensivwirkung*¹⁰⁶ zuerkannt wird. Daher ist eine gewisse Ordnung bei der Durchführung von Streiks notwendig. Für diese Ordnung erscheint die Gewerkschaft als geeigneter Garant¹⁰⁷. Da die *Gewerkschaft somit Ordnungsfunktion* hat, muss sie überbetrieblich sein¹⁰⁸.

Gilt nun das Überbetrieblichkeitsmerkmal für das massgebende AN-Kollektiv im Arbeitskampfrecht, so ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang aufgrund des einheitlichen Begriffes der Gewerkschaft als Partei der sozialen Selbstverwaltung, dass die Überbetrieblichkeit ein Merkmal des verfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriffes ist. Damit wird das mit dem abstrakten Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gefundene Resultat konkret untermauert¹⁰⁹. Bei *funktionaler* Betrachtungsweise¹¹⁰ ergibt sich aus der Aufgabe, welche der Gewerkschaft im Arbeitskampfrecht zukommt, nämlich den Arbeitskampf zu ordnen, die Überbetrieblichkeit als Koali-

101 Vgl. o. § 5 IV F.

102 Das Arbeitskampfrecht bzw. die Arbeitskampffreiheit ist ein „typisches und notwendiges Mittel zur praktischen Ausübung der Tarifhoheit angesichts der Unzulässigkeit der Zwangsschlichtung“, so Reuss, 161. TV-Recht. Arbeitskampfrecht und Schlichtungsrecht bilden das TV-System, welches als erste Stufe der Entwicklung der Tarifautonomie in Richtung einer sozialen Selbstverwaltung betrachtet werden kann.

103 Söllner, § 11 V, 75.

104 Nach der h.M. können nur tariffähige Verbände einen rechtmässigen Arbeitskampf durchführen, vgl. z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 49; zur Problematik des „wildes“, d.h. nicht „gewerkschaftlich“ organisierten Streiks, vgl. z.B. Söllner, § 11 V, 74f.

105 Durch Art. 6 Nr. 4 ESC tritt neben die *Streikfreiheit* (Freiheit zum Arbeitskampf) das *Streikrecht*, vgl. Söllner, § 12 I 2, 78 insbes. Anm. 15–17. Das Streikrecht erfordert die Suspensivwirkung des Streiks (vgl. u. Anm. 106) und dadurch die Privilegierung des gewerkschaftlich organisierten Streiks, vgl. Söllner, § 13 II, 95 nach Anm. 4. Insofern führt Art. 6 Nr. 4 ESC zu einer Stärkung der Rechtsposition der Gewerkschaft gegenüber andern AN-Koalitionen im kollektiven Arbeitsrecht. Näheres vgl. u. § 14 III D c. Vgl. auch o. in Anm. 28.

106 „Durch das legale Kollektivhandeln beim Streik werden die entgegenstehenden arbeitsvertraglichen Hauptpflichten für die Dauer des rechtmässigen Arbeitskampfes suspendiert und die suspendierten Hauptpflichten werden durch die Arbeitsniederlegung nicht verletzt“, so Söllner, § 13 II, 95 bei Anm. 4.

107 Dazu z.B. Söllner, § 11 V, 75.

108 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 44 und § 6 II D d Anm. 46 sowie bei Anm. 56.

109 Da die Rechtsprechungsorgane als Ersatzgesetzgeber das Merkmal der Überbetrieblichkeit für die AN-Koalition im Arbeitskampfrecht geschaffen haben, kann dieses Merkmal durch das verfassungsrechtliche Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gerechtfertigt werden, vgl. auch o. § 6 III D Anm. 97.

110 Vgl. o. § 6 II E.

tionsmerkmal. Das Ergebnis der Anwendung des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung wird insofern durch die funktionale Betrachtungsweise bestätigt.

E. Zusammenfassende Würdigung

Abschliessend kann festgehalten werden, dass der Werkverein deshalb keine Gewerkschaft und damit auch nicht tariffähig ist, weil er keine Koalition i.e.S. ist.

Eine solche Koalition ist der Werkverein deshalb nicht, weil er betrieblich beschränkt ist, wogegen die Koalition i.e.S. aufgrund des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung überbetrieblich organisiert sein muss.

Der Werkverein ist jedoch als AN-Koalition eine Koalition i.w.S., welche m.E. nicht überbetrieblich organisiert sein muss.

Festzuhalten ist, dass sich das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit nicht aus dem TV gewinnen lässt. Insofern ist die Überbetrieblichkeit auch kein Merkmal der Tariffähigkeit. Die Überbetrieblichkeit folgt auch nicht aus der Tarifautonomie.

Die Überbetrieblichkeit ist nur deshalb ein Gewerkschaftsmerkmal, weil es neben dem Gewerkschaftsbegriff des TVG einen verfassungsrechtlichen Gewerkschaftsbegriff gibt, welcher mit dem Begriff der Koalition i.e.S. identisch ist. Die Gewerkschaft als Koalition i.e.S. ist nicht nur TV-Partei, sondern Partei der umfassenderen sozialen Selbstverwaltung, woraus sich ihre Überbetrieblichkeit ergibt. Der verfassungsrechtliche Gewerkschaftsbegriff ist mit der Ausdehnung der Tarifautonomie zur sozialen Selbstverwaltungsautonomie aus dem Gewerkschaftsbegriff des TVG herausgewachsen. In gleichem Masse ist die Tariffähigkeit Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung geworden.

Damit ist der Gewerkschaftsbegriff kein einfachgesetzlicher Begriff mehr, sondern ein solcher der Verfassung, wobei sich das Überbetrieblichkeitsmerkmal nicht nur aus dem verfassungsmässigen Prinzip der sozialen Selbstverwaltung, sondern auch aus dem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung ergibt. Es ist somit der h.M. zuzustimmen, welche aufgrund des Koalitionsbegriffes die Tariffähigkeit im Sinne der sozialen Selbstverwaltungsfähigkeit für den Werkverein ablehnt.

§ 7 GEWERKSCHAFT UND BETRIEBSRAT

I. Allgemeines

Nach einer verbreiteten Auffassung lässt sich die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal aus dem *Betriebsverfassungsrecht* schliessen¹. Massgebend ist dabei das *Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf* bzw. von *BetrV und TV*². Das Betriebsverfassungsrecht ist auch deshalb für die Werkvereinsproblematik von Bedeutung, weil sich die Werkvereine aus den betrieblichen *Arbeitsverbänden* entwickelten³.

Ergibt sich die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal aus dem Betriebsverfassungsrecht, so handelt es sich dabei um eine weitere Konkretisierung des *Prinzips der sozialen Selbstverwaltung*, welches die kollektive Koalitionsfreiheit prägt⁴.

II. Das Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf

a. Inhalt

Das Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf wurde schon in der *Weimarer Zeit* unter der Geltung des BRG zur Begründung der Überbetrieblichkeit als Merkmal der tariffähigen Vereinigung verwendet⁵. Aufgrund des heutigen Rechts soll das Prinzip besagen, dass das BetrVG "klar zwischen der Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer in den einzelnen Betrieben, die durch die Betriebsräte erfolgt, und den anerkannten Gewerkschaften, die auf überbetrieblicher Grundlage errichtet sind", unterscheide⁶.

So gesehen wird das Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf zu einem Prinzip des Dualismus von BetrV und TV. Daraus wird dann abgeleitet, dass die TV-Partei im Gegensatz zur Partei der BetrV überbetrieblich organisiert sein müsse, weshalb der Werkverein keine Gewerkschaft und damit auch nicht TV-Partei sein könne.

1 So z.B. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 166; Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 c, 100f.

2 Es wird angenommen, das positiv-rechtliche System der arbeitsrechtlichen Gesamtvereinbarungen (Tarifvertragsrecht, Betriebsverfassungsrecht, vgl. z.B. Kaskel/Dersch, § 5 III, 19f.) beruhe auf einer Funktionsteilung von TV und BetrV des Inhalts, dass die TV-Partei auf AN-Seite deshalb überbetrieblich organisiert sein müsse, weil die BetrV-Partei auf AN-Seite betrieblich organisiert sei.

3 Vgl. o. § 1 I.

4 Vgl. o. § 6 III D.

5 So z.B. Hueck/Nipperdey 1930, § 14 III 6 b, 144; Sinzheimer, Grundzüge, 71.

6 Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 c, 100.

b. Rechtliche Grundlage

Das erwähnte Verständnis des Dualismusprinzips wird aus dem *Prinzip des Vorrangs des TV vor der BetrV* abgeleitet. Dieses Vorrangprinzip würde umgangen, wenn der Werkverein eine Gewerkschaft wäre, da dann die Belegschaft eine Regelung, welche sie durch Abschluss einer BetrV nicht vornehmen kann, als Werkverein erreichen könnte⁷.

Zur Rechtfertigung des Vorrangprinzips verweist man auf verschiedene positivrechtliche Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts⁸ und auf neuere arbeitsrechtliche Gesetze, die nur zwischen dem Betriebsrat und der Gewerkschaft als arbeitsrechtlich relevanten AN-Kollektiven unterschieden⁹.

III. Kritische Bemerkungen

a. Betriebsverfassungsrechtliches Dualismusprinzip

Es ist unzweifelhaft, dass das Betriebsverfassungsrecht mit Hilfe des Vorrangprinzips eine *Funktionsteilung* zwischen BetrV und TV vornimmt. Fraglich ist jedoch, ob aus dieser Funktionsteilung ein Dualismus zwischen BetrV und TV abgeleitet werden kann, welcher Werkvereine als betrieblich beschränkte Gewerkschaften aus dem kollektiven Arbeitsrecht¹⁰ ausschliesst. Dies ist m.E. aus folgenden Gründen nicht möglich:

Einmal gilt festzuhalten, dass sich das Vorrangprinzip genau besehen nicht im erwähnten Sinn äussern kann. Denn der Sinn des Vorrangprinzips ist nicht der, eine Aussage über den Ausschluss betrieblich beschränkter Gewerkschaften zu machen. Der Sinn liegt vielmehr in der Privilegierung der TV-Parteien und bedeutet den *Vorrang der tarifautonomen Regelung der Arbeitsbedingungen* vor derjenigen, wie sie mit Hilfe der BetrV erfolgen kann¹¹.

7 Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 c, 101.

8 BRG (Betriebsrätegesetz) von 1920: §§ 8, 31, 66 Ziff. 3 und 78 Ziff. 2, vgl. auch o. in Anm. 5; BetrVG von 1952: §§ 1, 2, 49, 56 Abs. 1 und 59, vgl. Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 c, 100f.; BetrVG von 1972: Ersatz der §§ 56 Abs. 1 und 59 (Vorrangprinzip) durch die §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1, vgl. z.B. Fabricius Kraft Thiele Wiese, Betriebsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Neuwied/Berlin ab 1973, § 77 N. 53ff. und § 87 N. 13ff.

9 Z.B. § 6 MitbG (Mitbestimmungsgesetz vom 21. Mai 1951 für die Montanindustrie, BGBl. I 347), vgl. Hueck/Nipperdey, § 6 II 5 c, 100, ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1954, BGBl. I 1267) §§ 16 Abs. 2 Satz 2, 35 Abs. 2 Satz 2, vgl. Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 100; vgl. auch G. Müller, Das Koalitionswesen, insbesondere das Gewerkschaftswesen, nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (1. März 1979), RdA 1979, 361ff., insbes. 365f. und 368f.

10 Unter kollektivem Arbeitsrecht wird hier der engere Begriff des Rechts der Gesamtvereinbarungen verstanden, i.G. zum weiteren Begriff des kollektiven Arbeitsrechts, welcher das Recht der sozialen Selbstverwaltung meint.

11 Es geht hier um die Sperrwirkung des TV, vgl. z.B. Dietz, Das Monopol der Sozialpartner und die Betriebsvereinbarung, RdA 1955, 241ff.; Söllner, § 22 4, 169 bei Anm. 14; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 4 N. 289.

Das Vorrangprinzip besagt nämlich nicht, dass das Überbetriebliche dem Betrieblichen vorgehe, sondern dass das *frei* Vereinbarte demjenigen vorgehe, welches im Rahmen des zwingenden Betriebsverfassungsrechtes u.U. *zwangsweise* vereinbart wird¹².

Ein streng dualistisches Verständnis von BetrV und TV ist auch unvereinbar mit der Tatsache, dass das geltende Recht der Gesamtvereinbarungen¹³ nicht auf einem *einheitlichen Ordnungsprinzip* beruht. Denn solange der TV Ausdruck der Tarifautonomie ist, gilt für ihn das Prinzip der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie, wogegen die BetrV Ausdruck des zwingenden Prinzips der Arbeitsverfassung ist¹⁴. Da TV und BetrV demnach nicht Bestandteile eines einheitlichen Systems sind, können aus einer Aussage über die BetrV nicht Umkehrschlüsse für den TV gezogen werden¹⁵, wie dies bei der Folgerung der Fall ist, dass die Gewerkschaft überbetrieblich sein müsse, weil der Betriebsrat betrieblich sei.

Unter der Herrschaft des BRG wurde der Werkverein denn auch *nicht* als Vereinigung aufgrund des Vorrangprinzips oder anderer Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechtes *ausgeschlossen*. In konstanter Rechtsprechung hielt das RAG vielmehr fest, dass die Arbeitnehmerschaft eines Betriebes zwar keine Vereinigung sei, jedoch keine gesetzliche Bestimmung bestehe, wonach sich eine wirtschaftliche Vereinigung nicht auf betrieblicher Grundlage bilden dürfe¹⁶.

12 Es soll das im Rahmen der Tarifautonomie Vereinbarte vorgehen, Schaub, § 231 II 5, 1163; vgl. auch Dietz, ebd. Die zwangsweise Vereinbarung, nämlich Ersatz der BetrV durch Spruch der Einigungsstelle, ist in § 76 Abs. 5 BetrVG geregelt, vgl. auch Söllner, § 19 IV 6, 143f. und § 21, 154ff.

13 D.h. das TV-Recht und das Recht der BetrV (Betriebsverfassungsrecht), vgl. z.B. Kaskel/Dersch, § 5 III, 19f.

14 Betriebsverfassungs- bzw. -organisationsrecht bedingt die Erfassung *aller* in einem Betrieb Beschäftigten als Belegschaft von Gesetzes wegen als Teil der Betriebsorganisation. Das Organisationsrecht ist zwingendes Recht, vgl. dazu z.B. Potthoff, Konstitutionelle Betriebsverfassung, in: Potthoff, Betrieb, 58ff.; R. Stockhausen, Freiheitliche Betriebsverfassung, in: Potthoff, Betrieb, 66ff.; G. Hildebrand, Unmöglichkeiten und Möglichkeiten der Betriebsdemokratie, in: Potthoff, Betrieb, 182ff.; J.W. Hedemann, Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem, in: Potthoff, Betrieb, 17ff., insbes. 35. Ebenso Potthoff, Wesen, 19; vgl. auch o. § 7 III a Anm. 12.

15 Es gibt keinen reinen Gegensatz zwischen TV und BetrV bzw. den entsprechenden AN-Kollektiven in dem Sinne, dass neben der Gewerkschaft und dem Betriebsrat der Werkverein als ein drittes AN-Kollektiv nicht mehr gegeben sein könnte.

16 So ARS (RAG) 4, 239, 242; ARS (RAG) 5, 217. Kaskel meinte: "Wenn auch die natürlichen Personen die gleichen sind, die beiden Personengemeinschaften sind voneinander verschieden, der Dualismus der Funktionen ist gewahrt." (Kaskel, Zur Frage der Tariffähigkeit der Werkvereine, AR 1927, 910); ebenso Jacobi, 178; Flatow, Tarifvertrag und Arbeiterschutz, SozPrax 1925, 529ff. Selbst ein Gegner der Tariffähigkeit des Werkvereins wie Nörpel räumte ein, dass sich die AN eines Betriebes zu einer Vereinigung zusammenschließen könnten, sofern sie die sonstigen Voraussetzungen einer Vereinigung erfüllten, so in AR 1928, 82.

Durch das *BetrVG* änderte sich diese Rechtslage nicht. Insbesondere war die *Ausdehnung* des Vorrangprinzips nicht mit dem Ausschluss betrieblich beschränkter Gewerkschaften verbunden¹⁷.

Wenn die heute vorherrschende Meinung den Werkverein deshalb als Gewerkschaft ausschliesst, weil sie die Belegschaft mit dem Werkverein gleichsetzt¹⁸, übersieht sie zudem den *begrifflichen Unterschied* zwischen der Belegschaft und dem Werkverein. Im Gegensatz zur Belegschaft beruht der Werkverein als AN-Koalition auf *freiwilligem Zusammenschluss*. Der Werkverein hat weder alle Mitglieder eines Betriebes zu umfassen noch hat er einen vom Gesetz streng vorgeschriebenen Zweck zu verfolgen. Diese begriffliche Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil das massgebende Vorrangprinzip auf dem Vorrang des frei Vereinbarten beruht, wodurch das *freiheitliche Moment* des Werkvereins mehr Gewicht erhält als die Tatsache, dass der Werkverein betrieblich beschränkt ist. Aufgrund des Vorrangprinzips ist also die Gemeinsamkeit des Werkvereins mit der Gewerkschaft – die freiwillige Basis – wichtiger als die Gemeinsamkeit des Werkvereins mit der Belegschaft, welche in der betrieblichen Beschränkung besteht. So gesehen ist der Werkverein daher eher mit der Gewerkschaft als mit der Belegschaft gleichzusetzen.

Schliesslich spricht die *Entstehungsgeschichte* des Betriebsverfassungsrechts (BRG und BetrVG) dagegen, dass der Werkverein mit dem Dualismusprinzip als Gewerkschaft ausgeschlossen werden kann. Es ist nämlich davon auszugehen, dass der Werkverein ursprünglich nicht nur als TV-Partei, sondern auch als Partei einer freiwillig vereinbarten Betriebsverfassung bedeutend war¹⁹. Hätte man nun den Werkverein sowohl als Partei der Betriebsverfassung als auch als TV-Partei ausschliessen wollen, so wäre daher eine entsprechend deutliche Normierung angebracht gewesen. Dass dies nicht gemacht wurde, ist ein Indiz dafür, dass man die Werkver-einsproblematik nicht auf diesem Wege lösen wollte²⁰.

17 Es fand nur eine Ausdehnung des Vorrangsprinzips bezüglich der durch TV regelbaren Arbeitsbedingungen statt, vgl. z.B. Betriebsverfassungsgesetz, Grosskommentar (N. 8), § 77 N. 60-62. Dass eine Aussage über den Werkverein unterlassen wurde, geht auch daraus hervor, dass nur betont wurde, der Betriebsrat dürfe keine Ersatzkoalition sein, Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 4 N. 289.

18 Denn sonst könnte der Werkverein nicht aufgrund des Dualismusprinzips ausgeschaltet werden, vgl. auch o. § 7 I Anm. 1 und § 7 II b Anm. 7.

19 Vgl. o. § 1 I, § 2 I Anm. 3 und § 7 I Anm. 3; zur Regelung der Arbeitsbedingungen durch Vereinbarung mit der Betriebsvertretung vgl. sodann G. Erdmann, Regelung der Arbeitsbedingungen mit den Betriebsvertretungen, in: Potthoff, Betrieb, 240. Zu den freiwillig von Unternehmern geschaffenen Fabrik Ausschüssen als Parteien von Gesamtvereinbarungen vgl. z.B. Dietz, HDSW Art. "Betriebsverfassung"; Potthoff, Arbeitsrecht, 133ff.

20 Sondern über den Begriff der Gewerkschaft im Sinne des TVG. Anlass zu einer deutlichen Regelung hätte umso mehr bestanden, als nach dem Auseinanderfallen der Zentralarbeitsgemeinschaft im Jahre 1924 die Werkvereine als Ausdruck des Betriebsgemeinschaftsgedankens anstelle des Betriebsrätegedankens einen Aufschwung verzeichneten, so G. Schneider, Werksgemeinschaft, in: Potthoff, Betrieb, 281: "Tatsache ist jedenfalls, dass die abgebrochenen Beziehungen zu den "Gelben" in dem Masse wieder aufgenommen wurden, als die Gefahr des gewaltsamen Wirtschaftszusammenbruchs schwand." Die Grossunternehmer hätten den alten Gedanken der gelben Verbände wieder aufgenommen und ihn in "Werkge-

Aus dem Dualismus von BetrV und TV, wie er sich im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts darstellt, kann somit nicht die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal abgeleitet werden.

b. Dualismusprinzip im System der sozialen Selbstverwaltung

Auch wenn es sich aus dem Betriebsverfassungsrecht nicht ergibt, so kann doch aufgrund der neueren arbeitsrechtlichen Gesetze angenommen werden, dass sich ein System des Dualismus von Gewerkschaft und Betriebsrat entwickelt hat, in welchem der Werkverein als betrieblich beschränkte Gewerkschaft keinen Platz mehr findet. Grundlage für diese Ansicht bildet die heute herrschende Meinung, die gestützt auf das Dualismusprinzip seit dem Erlass des BetrVG, also i.G. zum BRG, Werkvereine nicht als TV-Parteien anerkennt. *Auf dieser Meinung sind die neueren arbeitsrechtlichen Gesetze aufgebaut.* Kann der Werkverein daher nicht aufgrund des Dualismusprinzips des Betriebsverfassungsrechtes ausgeschlossen werden, so doch aufgrund eines Dualismusprinzips, welches, durch neuere arbeitsrechtliche Gesetze ausgeformt, zum *Bestandteil* des geltenden *Systems der sozialen Selbstverwaltung* geworden ist²¹.

meinschaft" umgetauft, "zugleich aber die *echte* Werksgemeinschaft des Betriebsrätegesetzes" verworfen (G. Schneider, ebd., 282).

Näheres zum Wiederaufleben der Werkvereine z.B. bei Meissinger, Die Betriebsgemeinschaft, in: Potthoff, Betrieb, 245ff.; Striener, Werksgemeinschaft, in: Potthoff, Betrieb, 285ff.; Winschuh, Psychologische Grundlagen der Werksgemeinschaft, in: Potthoff, Betrieb, 254ff. u.a. mit der Aussage, die Folge des Missbrauchs des Betriebsrätegesetzes sei, dass man sich nach neuen Organisationen umsehe, etwa dem Werkverein (262).

21 Vgl. o. § 7 II b Anm. 9; vgl. auch Betriebsverfassungsgesetz, Grosskommentar (N. 8), § 2 N. 17; Wiedemann/Stumpf, Kommentar, § 2 N. 101 und 166.

3. KAPITEL

KRITERIEN ZUR BEURTEILUNG DER TARIFFÄHIGKEIT DES WERKVEREINS

§ 8 RESULTATE AUS DER UNTERSUCHUNG DER DEUTSCHRECHTLICHEN SITUATION

I. Grundlagen

Nach dem geltenden deutschen Recht ist der Werkverein tarifunfähig. Der Grund dafür liegt in der Entwicklung des Postulats der Tarifunfähigkeit des Werkvereins, welches durch Auslegung des positiv-rechtlichen Begriffes der Gewerkschaft zum positiven Recht geworden und damit verwirklicht worden ist. Nach geltendem Recht ist nämlich die Überbetrieblichkeit ein Merkmal des Gewerkschaftsbegriffes.

a. Das Postulat der Tarifunfähigkeit des Werkvereins

Das Problem der Tarifunfähigkeit des Werkvereins ist mit dem *Begriff der Tariffähigkeit* verbunden. Die Tariffähigkeit umschreibt die besondere Eignung der TV-Partei, welche zum Abschluss eines TV erforderlich ist¹. Die Tariffähigkeit ist die Geschäftsfähigkeit im Bereiche des TV. Eine besondere Geschäftsfähigkeit ist die Tariffähigkeit deshalb, weil die TV-Parteien durch den Abschluss eines TV eine Art von objektivem Recht für einzelne Arbeitsverhältnisse schaffen können. Diese als Tarifhoheit oder als Tarifmacht bezeichnete besondere Eigenschaft steht den TV-Parteien aufgrund der *positiv-rechtlichen Normativwirkung* des TV² zu. Ein gesetzlicher Begriff der Tariffähigkeit mit entsprechenden Begriffsmerkmalen existiert jedoch nicht. Daher ist die Tariffähigkeit primär kein gesetzlicher, sondern ein dogmatischer Begriff.

Die Werkvereine sollen nicht tariffähig sein und keine Tarifhoheit haben, weil sie als "gelbe" Gewerkschaften angesehen werden, die vom AG abhängig sind³. Die Abhängigkeit führte zu einem TV, der keinen Interessenausgleich, sondern ein AG-Diktat brächte. Die Tarifunfähigkeit der Werkvereine ist auf Forderungen der Gewerkschaften der Zentralarbeitsgemeinschaft zurückzuführen⁴, wurde aber auch von gewissen Vorkämpfern für eine Verrechtlichung des Tarifwesens gefordert⁵.

1 Vgl. o. § 2 IV insbes. Anm. 15.

2 Vgl. o. § 2 IV Anm. 20, § 5 II A, § 5 IV B und § 5 IV E.

3 Vgl. o. § 2 I Anm. 5 und 7.

4 Vgl. o. § 2 I Anm. 5 und § 4 IV B.

5 Vgl. o. § 2 I Anm. 7, § 2 IV Anm. 24-26, § 5 III B und § 5 IV D d.

Das Tariffähigkeitsmerkmal der Überbetrieblichkeit erweist sich als Zweckmässigkeitsmerkmal. Damit kann der Gefahr abhängiger Werkvereine besser begegnet werden, als wenn nur das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit gälte, welches zwar von der Sache her eher zu rechtfertigen ist⁶, aber eine komplizierte Prüfung des Einzelfalles mit sich bringt. In diesem Sinne ist die Überbetrieblichkeit als *Postulat sozialer Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit* zu bejahen.

b. Die Entwicklung des positiven Rechts

Obwohl die Werkvereinsproblematik bekannt war, wurde das Postulat der Tarifunfähigkeit des Werkvereins weder in der TVVO noch im TVG ausdrücklich verwirklicht. Aus dem massgeblichen Wortlaut von TVVO und TVG lassen sich Merkmale der TV-Partei auf AN-Seite nicht ableiten. Entscheidend sind hier vielmehr die Begriffe der Vereinigung von Arbeitnehmern (TVVO) bzw. der Gewerkschaft (TVG)⁷, zumal auch ein gesetzlicher Begriff der Tariffähigkeit fehlt.

c. Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre

Rechtsprechung und Lehre entwickelten im Wege einer Auslegung der gesetzlichen Begriffe verschiedene Begriffsmerkmale. Interessant ist, dass unter der TVVO das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit gefordert wurde, weshalb die Werkvereine grundsätzlich tariffähig waren⁸, wogegen unter dem TVG das Merkmal der Überbetrieblichkeit verlangt wird, weshalb die Werkvereine nach geltendem Recht generell tariffähig sind⁹. Mit dem Übergang von der TVVO zum TVG ist demnach das Postulat verwirklicht worden. Für die Werkvereinsproblematik entscheidend muss der *Begriff der Gewerkschaft* sein, mit welchem offenbar im Zuge einer rechtsfortbildenden Auslegung das Postulat der Tarifunfähigkeit des Werkvereins zum geltenden Recht geworden ist. Zur Erforschung der Gründe, welche zur Tarifunfähigkeit des Werkvereins führten, war daher der Begriff der Gewerkschaft näher zu prüfen.

II. Begründungen für das Gewerkschaftsmerkmal der Überbetrieblichkeit

Bei den Begründungen für die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal lassen sich insgesamt vier Arten unterscheiden.

6 Nämlich aus dem TV vgl. o. § 5 IV F. Die Überbetrieblichkeit lässt sich nicht aus dem TV, sondern nur aus dem Koalitionsbegriff ableiten, vgl. o. § 6 III C.

7 Vgl. o. § 2 II und III sowie § 2 V.

8 Vgl. o. § 2 II Anm. 10.

9 Vgl. o. § 2 III Anm. 12 und §§ 3-7.

a. Entstehungsgeschichtlicher Ansatzpunkt

Unter einem entstehungsgeschichtlichen Ansatz finden sich drei Argumentationen.

Einmal wird *entstehungsgeschichtlich* geschlossen, der *Begriff der Gewerkschaft (TVG) unterscheide sich vom Begriff der Vereinigung von AN (TVVO)* gerade dadurch, dass er das *zusätzliche Merkmal der Überbetrieblichkeit* aufweise. Die Entstehungsgeschichte spricht jedoch gegen eine derartige Begründung¹⁰. Sodann wird gesagt, der Gewerkschaftsbegriff müsse durch den *allgemeinen Sprachgebrauch* konkretisiert werden, woraus sich das Überbetrieblichkeitsmerkmal ergäbe. Ein derartiger allgemeiner und einheitlicher Sprachgebrauch konnte nicht festgestellt werden¹¹.

Schliesslich wird die Meinung vertreten, der Gewerkschaftsbegriff sei *phänomenologisch* zu deuten. Die Werkvereine seien deshalb keine Gewerkschaften, weil sie sich gegen die Gewerkschaften entwickelt hätten. Bei konsequenter Anwendung der Methode kann jedoch der Werkverein nur mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass er eine *untypische Gewerkschaft* sei bzw. heute nicht mehr *existiere*¹². Es fragt sich dann allerdings, inwiefern die phänomenologische Methode *positiv-rechtlich haltbar* ist¹³.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass unter dem *entstehungsgeschichtlichen Ansatzpunkt* die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal *nur* dann gerechtfertigt werden kann, *wenn* der Gewerkschaftsbegriff *phänomenologisch* zu bilden ist.

b. Gewerkschaft und TV

Das Überbetrieblichkeitsmerkmal wird aus dem TV entweder mit Hilfe des *schuldrechtlichen Teiles* oder dann mit Hilfe des *normativen Teiles* als dem Wesen des TV gefolgt.

Unter dem Aspekt des *schuldrechtlichen Teils* wird argumentiert, die Gewerkschaft müsse überbetrieblich sein, da sie sonst den TV nicht erfüllen könne. Ein TV kann aber auch erfüllt werden, ohne dass die TV-Partei auf AN-Seite überbetrieblich organisiert ist¹⁴. Es handelt sich hier um eine reine Zweckmässigkeitsbegründung, die im positiven Recht umso weniger eine Stütze findet, als der schuldrechtliche Teil des TV nach den allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen zu behandeln ist und spezifische allgemeine Erfüllungsregeln existieren¹⁵.

Mithin kann das *Überbetrieblichkeitsmerkmal*, entsprechend der h.M. zur Regelung der TVVO, *nur aus dem normativen Teil des TV abgeleitet werden*. Hierbei lässt sich jedoch keine allein richtige Lösung finden. Es wird vielmehr *je nach TV-Verständnis* entweder nur tatsächliche Unabhängigkeit oder dann Überbetrieblichkeit

10 Vgl. o. § 4 II.

11 Vgl. o. § 4 III.

12 Vgl. o. § 1 V und § 4 IV C.

13 Vgl. o. § 4 IV C Anm. 32-41.

14 Vgl. o. § 5 II B.

15 Vgl. o. § 5 II B Anm. 15.

gefordert¹⁶. Die Anhaltspunkte aus dem *TV-Recht*¹⁷ sprechen für die Annahme, dass die *tatsächliche Unabhängigkeit* der TV-Partei auf AN-Seite genüge¹⁸. Nach h.M. gilt jedoch die *Delegationstheorie*, weshalb *Überbetrieblichkeit* zu fordern ist. Allerdings lässt sich die Delegationstheorie nicht mit dem TV, sondern nur mit einem Verweis auf die Koalitionsfreiheit begründen¹⁹.

c. Gewerkschaft und Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit enthält die entscheidenden Aussagen zur Werkvereinsproblematik. Die h.M. folgert denn auch die *Überbetrieblichkeit* als Gewerkschaftsmerkmal aus dem *Koalitionsbegriff*, indem auf fünf verschiedene Arten die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal begründet wird.

Aus der Wendung im *Wortlaut* "für alle Berufe" ergibt sich allerdings ebensowenig wie aus dem *Sprachgebrauch*, dass die Koalition nur ein *Berufsverband* sein könne und deshalb überbetrieblich organisiert sein müsse²⁰. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal lässt sich auch nicht mit der *Entstehungsgeschichte* von Art. 9 Abs. 3 GG begründen²¹. Dagegen kann das Überbetrieblichkeitsmerkmal der Koalition aus dem *Koalitionszweck* abgeleitet werden, allerdings nicht mittels der beiden *historischen* Interpretationen, da diese die Koalition durch den TV erklären²². Aus dem TV aber ergibt sich keine eindeutige Begründung des Überbetrieblichkeitsmerkmals der Gewerkschaft, sondern nur ein Verweis auf die Koalitionsfreiheit. Insofern liegt daher ein Zirkelschluss vor. Hingegen lässt sich die Überbetrieblichkeit aus einer *systematischen* Interpretation des Koalitionszweckes folgern, wenn das *Prinzip der sozialen Selbstverwaltung massgebend ist*²³. Ist aber an den Zustand der Weimarer Zeit anzuknüpfen²⁴ oder gilt das Prinzip des sozialen Ausgleichs²⁵, so lässt sich für die tariffähige Koalition *nur* das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit rechtfertigen. Schliesslich wird das Überbetrieblichkeitsmerkmal in *funktionaler Betrachtungsweise* aus dem Koalitionszweck gewonnen, indem gesagt wird, dass die Koalition ohne Überbetrieblichkeit ihre *Aufgaben* nicht erfüllen könne. Unklar ist hier, welches die Aufgaben der Koalition sind, und inwiefern eine derartige Interpretation auf unzulässigen Zweckmässigkeitsüberlegungen beruht²⁶.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Überbetrieblichkeit als Merkmal der tariffähigen Koalition nur dann aus der Koalitionsfreiheit gewinnen

16 Es gibt zwei verschiedene TV-Verständnisse, vgl. o. § 5 IV A.

17 Nämlich die positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung, das Tarifwesen, die Postulate zu seiner Verrechtlichung und die TV-Theorien, vgl. o. § 5 IV B-E.

18 Vgl. o. § 5 IV F. Nur für die Gewerkschaft bei einem ave-TV ist die Überbetrieblichkeit ein Erfordernis.

19 Vgl. o. § 5 IV E b und § 6 III C.

20 Vgl. o. § 6 II A und B.

21 Vgl. o. § 6 II C.

22 Vgl. o. § 6 II D b und § 6 II D d.

23 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 42-46.

24 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 40 und 41.

25 Vgl. o. § 6 II D c Anm. 47 und 48.

26 Vgl. o. § 6 II E.

lässt, wenn das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gilt und die funktionale Betrachtungsweise herangezogen werden kann.

Dies ist der Fall. Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gilt. Massgebend dafür ist, dass infolge der Tätigkeit des einfachen Gesetzgebers die *Tarifautonomie* über die Tarif­tätigkeit hinaus *ausgedehnt worden ist*, was wegen der sozialstaatlichen Interpretation der Koalitionsfreiheit verfassungsmässigen Schutz geniesst²⁷. Mit der Ausdehnung der Tarifautonomie haben sich die *TV-Parteien zu Parteien der sozialen Selbstverwaltung entwickelt*. Als tariffähige Koalitionen beschränken sie sich nicht nur auf den Abschluss von TV, sondern sie wirken auch in anderen Bereichen des positiv-rechtlichen Systems der sozialen Selbstverwaltung²⁸, was durch das verfassungsmässige Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geschützt wird. Aus dem *einheitlichen Begriff der Gewerkschaft im positiv-rechtlichen System* ergibt sich erst eigentlich das Überbetrieblichkeitsmerkmal, und zwar aus der Erfassung der AN-Koalition im *Arbeitskampfrecht*²⁹. Da hier das Überbetrieblichkeitsmerkmal gilt, gilt es infolge des systematischen Zusammenhanges allgemein für die Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite (verfassungsrechtlicher Gewerkschaftsbegriff).

d. Gewerkschaft und Betriebsrat

Dagegen hat die Gewerkschaft nicht überbetrieblich zu sein, weil sie im Gegensatz zum Betriebsrat steht, welcher die AN auf betrieblicher Ebene vertritt. Denn der Dualismus zwischen BetrV und TV ist im Betriebsverfassungsrecht nicht in dem Sinne geregelt, dass der Werkverein keine Gewerkschaft sein könnte. Das dort niedergelegte *Vorrangprinzip* sagt in dieser Hinsicht nichts aus³⁰.

Dennoch gilt das Dualismusprinzip, welches den Werkverein als Gewerkschaft ausschliesst. Dies deshalb, weil neuere arbeitsrechtliche Gesetze auf dem Dualismus des betrieblichen Betriebsrates und der überbetrieblichen Gewerkschaft aufbauen³¹. In diesem Sinne ist das *Dualismusprinzip im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung verankert*.

III. Rechtfertigung der Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal: Zusammenfassung

Die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal lässt sich gar nicht so einfach und eindeutig begründen, wie dies aufgrund der h.M. angenommen werden könnte. Von zehn Argumentationen, die vorgebracht werden, sprechen nur gerade drei dafür.

27 Vgl. o. § 6 III C.

28 Vgl. o. § 6 III D.

29 Vgl. o. § 6 III D Anm. 101-108.

30 Vgl. o. § 7 III a.

31 Vgl. o. § 7 III b.

a. Phänomenologischer Gewerkschaftsbegriff

Zum einen ergibt sich die *Überbetrieblichkeit aus einer phänomenologischen Begriffsbildung*, weil der Werkverein phänomenologisch keine Gewerkschaft ist³². Es ist allerdings fraglich, ob die phänomenologische Methode eine zulässige Methode ist, da ein entsprechendes *eigenständiges Sozialrecht* im geltenden Rechtssystem fehlt³³. Diesem Einwand kann in dem Sinne Rechnung getragen werden, dass die phänomenologische Methode nicht als eigenständige Interpretationsmethode, sondern *nur als Hilfsmittel* im Rahmen der üblichen Interpretation gesetzlicher Begriffe gebraucht wird.

b. Prinzip der sozialen Selbstverwaltung

Die *Überbetrieblichkeit* lässt sich im weiteren mit dem *verfassungsrechtlichen Prinzip der sozialen Selbstverwaltung* als *Merkmal der tariffähigen Koalition* bzw. der Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite aus der Koalitionsfreiheit ableiten. Die tariffähige Koalition hat infolge ihrer Ordnungsfunktion im System der sozialen Selbstverwaltung überbetrieblich zu sein. Dies wird durch die Ausgestaltung des *einheitlichen Gewerkschaftsbegriffes* im System der *positiv-rechtlichen sozialen Selbstverwaltung* ausgeführt³⁴ und durch die *funktionale Betrachtungsweise* bestätigt³⁵.

c. Prinzip des Dualismus von Betrieb und Beruf

Die *Überbetrieblichkeit* ergibt sich schliesslich als Gewerkschaftsmerkmal aus einem *Dualismus* zwischen betrieblichem (Betriebsrat) und überbetrieblichem (Gewerkschaft) AN-Kollektiv, auf dem neuere arbeitsrechtliche Gesetze aufbauen. Deshalb hat der Werkverein im kollektiven Arbeitsrecht keinen Platz mehr³⁶.

d. Zusammenfassung

Im deutschen Recht kann die *Überbetrieblichkeit* als Gewerkschaftsmerkmal mittels *Auslegung* gerechtfertigt werden. Grundlegend dafür ist der *Bestand eines verfas-*

32 Die Werkvereine wurden von den übrigen Gewerkschaften bekämpft, weil sie "gelb" waren, vgl. o. § 1 III, IV, V und § 4 IV B.

33 Vgl. o. § 4 IV C Anm. 35-37.

34 Vgl. o. § 6 III D.

Erst die Bildung des Überbetrieblichkeitsmerkmals durch den einfachen Gesetzgeber für das AN-Kollektiv im Arbeitskampfrecht führt zum Überbetrieblichkeitsmerkmal der Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite, welche im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung ein einheitlicher Begriff ist. Die tariffähige Koalition i.e.S. ist nicht deshalb überbetrieblich, weil sie tariffähig ist, sondern deswegen, weil sie fähig zur sozialen Selbstverwaltung ist.

35 Vgl. o. § 6 III D bei Anm. 110.

36 Vgl. o. § 7 III b. Es gibt also kein betriebsverfassungsrechtliches Dualismusprinzip, sondern nur ein solches im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung.

sungsmässigen Prinzips der sozialen Selbstverwaltung, welches auf einer kollektiven Koalitionsfreiheit mit ausgedehnter Tarifaautonomie beruht. Da damit der Gewerkschaft nicht nur Funktionen im TV-Recht zukommen, sondern auch in der umfassenderen sozialen Selbstverwaltung, muss sie infolge ihrer *Ordnungsfunktion* das Merkmal der Überbetrieblichkeit aufweisen.

Die Überbetrieblichkeit wird jedoch von der Koalitionsfreiheit nicht geschaffen, sondern *nur geschützt*. *Geschaffen* wird das Überbetrieblichkeitsmerkmal durch das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung, welches aus dem Arbeitskampfrecht und dem Dualismusprinzip das Überbetrieblichkeitsmerkmal der Gewerkschaft herleitet und es zum Merkmal des einheitlichen Gewerkschaftsbegriffes im Rahmen des Systems der sozialen Selbstverwaltung werden lässt. Das Ergebnis der systematischen Interpretation wird durch die phänomenologische und funktionale Betrachtungsweise bestätigt.

Die Überbetrieblichkeit als Merkmal der tariffähigen Koalition ergibt sich somit nicht aus dem TV, sondern aus der *Koalitionsfreiheit* bzw. dem *einheitlichen Gewerkschaftsbegriff* im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung. Damit ist positiv-rechtlich gesehen die Überbetrieblichkeit kein Merkmal der Tariffähigkeit, sondern ein Merkmal der *Fähigkeit zur sozialen Selbstverwaltung*. Die Gewerkschaft hat überbetrieblich organisiert zu sein, weil sie nicht nur Tarifpartner, sondern vorab Partei der sozialen Selbstverwaltung ist.

§ 9 FOLGERUNGEN FÜR EINE BEGRÜNDUNG DER TARIFUNFÄHIGKEIT DES WERKVEREINS

I. Allgemeines

In der vorliegenden Arbeit dient die Untersuchung des deutschen Rechts der Bildung von Grundlagen für das Verständnis der Werkvereinsproblematik. Denn die schweizerische Rechtslage kann nur in Kenntnis der Werkvereinsproblematik, wie sie sich im deutschen Recht entwickelt hat, umfassend gewürdigt werden. Die Würdigung der Resultate des deutschen Rechts besteht nun in der Prüfung der Frage, inwiefern aus dem deutschen Recht *allgemeingültige Folgerungen* für eine Begründung der Tarifunfähigkeit des Werkvereins gewonnen werden können.

II. Die Tarifunfähigkeit des Werkvereins ist eine positiv-rechtliche Aussage

Massgebend für die Frage der Tariffähigkeit des Werkvereins ist im deutschen Recht der *positiv-rechtliche Begriff der Gewerkschaft*. Die Tarifunfähigkeit des Werkvereins lässt sich daher nicht aus einer irgendwie gearteten *Natur der Sache*, z.B. dem Gewerkschafts-, Tarifvertrags- oder Koalitionswesen ableiten, sondern sie ist allein eine Folge der positiv-rechtlichen Ordnung. Allgemeingehaltene Bedenken gegen eine Tariffähigkeit des Werkvereins sind insoweit *postulatorischer Natur*¹.

Die Bindung der Frage nach der Tariffähigkeit des Werkvereins an das positive Recht erschwert eine Verallgemeinerung der Erkenntnisse, welche aus der Untersuchung des deutschen Rechts gewonnen werden konnten². Es können nämlich nur solche Erkenntnisse allgemeingültigen Aussagewert haben, die nicht strikt durch die konkrete positiv-rechtliche Ordnung bedingt sind³.

III. Dualismus von phänomenologischer und systematischer Betrachtungsweise

Die Erörterung der Werkvereinsproblematik ist gekennzeichnet durch einen *Dualismus von phänomenologischer und systematischer Betrachtungsweise*. Die *phänomenologische* Betrachtungsweise dient nicht nur der Bildung eines Gewerkschaftsbegriffes, sondern sie kann auch zur Deutung des TV oder der Koalitionsfreiheit herangezogen

1 Vgl. o. § 2 I Anm. 7 und § 2 IV Anm. 25-26.

2 Vgl. o. § 8.

3 Der Gewerkschaftsbegriff z.B., welcher sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, kann nicht verallgemeinert werden.

Die Begriffe der Tariffähigkeit (vgl. o. § 2 IV), der Tarifhoheit/Tarifmacht (vgl. o. § 2 IV Anm. 21 und § 5 IV E a Anm. 93) und der Tarifautonomie (vgl. o. § 6 III C Anm. 90) sind nur als deskriptive Begriffe verallgemeinerbar. Der Begriffsinhalt hängt von der konkreten positiv-rechtlichen Ausgestaltung ab. Die Begriffe können daher nicht ohne weiteres vom deutschen ins schweizerische Recht übernommen werden.

werden. Beim TV führt sie zum Prinzip der sozialen Selbstverwaltung⁴, bei der Koalitionsfreiheit führt sie zur Ansicht, die Koalitionen seien Repräsentanten im Rahmen der Wirtschaftsdemokratie⁵. Die phänomenologische Betrachtungsweise ist eine *soziologische Betrachtungsweise*⁶.

Die *systematische* Betrachtungsweise forscht nach dem Überbetrieblichkeitsmerkmal der Gewerkschaft, indem das *positiv-rechtliche System*, insbesondere die Begriffe der Gewerkschaft, des TV und der Koalitionsfreiheit untersucht werden⁷.

Aufgrund der beiden verschiedenen Betrachtungsweisen werden die entscheidenden Begriffe verschieden interpretiert, wodurch mehrdeutige Begriffe entstehen. Dies hat für eine Erforschung des richtigen Rechts zur Folge, dass die verschiedenen Begriffsinterpretationen jeweils genau im Hinblick darauf untersucht werden müssen, ob sie postuliertes oder positiviertes Recht enthalten.

IV. Phänomenologische Methode

Die phänomenologische Methode lässt sich als Erkenntnismittel deshalb verallgemeinern, weil sie dem Untersuchungsgegenstand besonders angepasst ist⁸.

Findet sie keinen besonderen Rückhalt im positiven Recht, so kann sie allerdings nicht als entscheidende Interpretationsmethode, sondern nur als ein Beitrag im Rahmen der üblichen Auslegungsmethode verwendet werden⁹. In diesem Sinne hat die phänomenologische Methode im deutschen Recht nur eine ergänzende Funktion, und zwar bei der Konkretisierung des *Gewerkschaftsbegriffes*¹⁰. Die Werkvereine sind dabei keine Gewerkschaften, weil sie vom gewerkschaftlichen Selbstverständnis nicht als solche aufgefasst werden, sei es wegen ihrer ideologischen Einstellung, sei es, weil sie mit der Bekämpfung des betrieblich beschränkten Organisationsprinzips allgemein bekämpft werden.

Existiert dagegen ein *eigenständiges Sozialrecht*, welches den klassischen Dualismus zwischen öffentlichem und privatem Recht sprengt, wie dies in der Sinzheimerischen Verbandstheorie zum Ausdruck kommt¹¹, so ist die phänomenologische Methode nicht nur eine, sondern die *massgebende* Methode. Dann aber sind die Werkvereine nicht nur keine Gewerkschaften, weil sie vom gewerkschaftlichen Standpunkt aus bekämpft werden¹². Die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal lässt sich

4 Vgl. o. § 4 IV C Anm. 33-34, § 5 III B und § 5 IV D d.

5 Vgl. o. § 6 II C a Anm. 24 und § 6 III A.

6 Vgl. o. § 4 IV.

7 Gegenüber der phänomenologischen Betrachtungsweise ist die systematische Betrachtungsweise im Rahmen der historisch-objektiven Auslegungsmethode die primäre, weil sie einen Bezug der auszulegenden Bestimmung zur Rechtsordnung herstellt, vgl. u. § 9 V Anm. 15.

8 Sie trägt dem Selbstverwaltungsmoment des kollektiven Arbeitsrechts Rechnung, vgl. o. § 4 IV C.

9 Vgl. o. § 4 IV C bei Anm. 40 und 41.

10 Beim Begriff des TV findet sie keine, beim Begriff der Koalition nur selten Anwendung, wohl weil es sich hier – im Vergleich mit dem Begriff der Gewerkschaft – um technischere Begriffe handelt.

11 Vgl. o. § 5 IV D d.

12 Vgl. o. § 1 III, IV, V, § 2 I und § 4 IV B.

vielmehr auch aus einer *phänomenologischen Betrachtungsweise von TV und Koalitionsfreiheit ableiten*. Der TV hat dann als Gesetz hauptsächlich Ordnungsfunktion, und die Koalitionsfreiheit gewährleistet den Koalitionen eine *originäre und ausgedehnte Tarifautonomie*¹¹, weshalb sie als berufene Vertreter ihrer Klasse wirken. Daraus ist die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal zu folgern¹².

V. Systematische Methode

Die systematische Methode gilt allgemein, weil positiv-rechtliche Begriffe allgemein aus dem Zusammenhang mit dem System des positiven Rechts konkretisiert werden¹³. Unter diesem Gesichtspunkt können für die Werkvereinsproblematik vorbehältlich besonderer Regelung¹⁴ folgende allgemeingültigen Aussagen gemacht werden.

a. Überbetrieblichkeit als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite

Aus dem TV kann das Überbetrieblichkeitsmerkmal der TV-Partei auf AN-Seite *allein* aus der *Normativwirkung des TV* gewonnen werden, aber nur unter der Voraussetzung, dass dem TV *überwiegend Ordnungsfunktion* zukommt¹⁵. Hat der TV dagegen überwiegend *Schutzfunktion*, so lässt sich aus dem TV nur dann das Überbetrieblichkeitsmerkmal ableiten, wenn das Prinzip der sozialen Gegenspieler-schaft durch das Arbeitskampfmoment geprägt wird¹⁶.

Primär ist daher aus dem positiven Recht heraus zu erforschen, ob das *Prinzip der sozialen Gegenspieler-schaft* entscheidend durch das *Arbeitskampfmoment* geprägt werde. Wenn dies der Fall ist, erübrigt sich die weitere Untersuchung, ob der TV nach dem positiven Recht eher Schutz- oder eher Ordnungsfunktion habe. Denn dann ergibt sich die Überbetrieblichkeit aus dem Arbeitskampfmoment.

Wird dagegen das Prinzip der sozialen Gegenspieler-schaft nicht vom Arbeits-kampfmoment dominiert, so ist abzuklären, welches das *richtige Wesen des TV* ist. Hier zeigt sich, dass zwei grundverschiedene TV-Wesen möglich sind. Einerseits kann der TV in Betonung seiner *Schutzfunktion* als *perfektionierter Vertrag* verstanden werden. Andererseits kann der TV in Betonung seiner *Ordnungsfunktion* als eine Art *Berufsordnung* und damit als Gesetz gesehen werden. Klärung verschafft die Prüfung

13 Also nicht nur eine vom Staat delegierte, vgl. z.B. Söllner, § 17 I, 127ff.

14 Die Überbetrieblichkeit ist durch die Ordnungs- und Repräsentationsfunktion der AN-Koalition als Partei der sozialen Selbstverwaltung bedingt, die u.a. auch tariffähig ist, vgl. o. § 6 II C a Anm. 24 und § 6 III A.

15 Nach der historisch-objektiven Auslegungsmethode, vgl. dazu z.B. Meier-Hayoz, N. 151ff., N. 179ff.

16 Welche z.B. die Überbetrieblichkeit ausdrücklich als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite vorsieht, wie dies zur Weimarer Zeit in Sondergesetzen und Vorentwürfen der Fall war, vgl. o. § 2 I Anm. 7 und § 2 IV Anm. 26.

17 Vgl. o. § 5 IV A b.

18 Vgl. o. § 5 III A.

der Frage, ob der TV im Rahmen des positiven Rechts eher *sozial-privatrechtlich* (Vertrag) oder eher *kollektivistisch-öffentlich-rechtlich* (Gesetz) ausgestaltet ist. Als Kriterien zur Beantwortung dieser Fragen können die positiv-rechtliche Umschreibung der Normativwirkung des TV, das Tarifwesen, die Postulate zur Verrechtlichung des Tarifvertrages und schliesslich die TV-Theorien herangezogen werden.

Aufgrund der Ausgestaltung der *Normativwirkung* ist der TV dann sozial-privatrechtlich, wenn die Möglichkeit *privatautonomer Rechtsgestaltung* das Zwangsmoment der Normativwirkung des TV überwiegt. Dies ist beispielsweise der Fall, indem die Tarifbindung auf einem freiwilligen Entschluss des Gebundenen beruht¹⁹ und das Günstigkeitsprinzip²⁰ gilt. Dagegen überwiegt das *Zwangsmoment*, wenn ein TV *ave* wird, weshalb der *ave-TV* als kollektivistisch-öffentlich-rechtlich einzustufen ist²¹. Da nach dem *Tarifwesen* der Firmen-TV tendenziell Schutz-, der Verbands-TV tendenziell Ordnungsfunktion hat, ergibt sich daraus, dass der Firmen-TV tendenziell sozial-privatrechtlich, der Verbands-TV tendenziell kollektivistisch-öffentlich-rechtlich ist²². Aus den *Postulaten zum Tarifvertrag* ergibt sich keine Präzisierung, da der Tarifvertrag gemäss *Vertretungstheorie* als Vertrag, gemäss *Verbandstheorie* als Gesetz erscheint²³. Das Doppelverständnis des TV zeigt sich auch in den *TV-Theorien*: Die *privatrechtlichen* TV-Theorien betrachten den TV als Vertrag, die *öffentlich-rechtlichen* TV-Theorien betrachten den TV als Gesetz. Wird die herrschende *Delegationstheorie* anerkannt, so erhält dadurch der TV keine Ordnungsfunktion, denn es wird nicht die Ordnungsfunktion der TV-Parteien, sondern diejenige der Parteien der *sozialen Selbstverwaltung* legitimiert. Die Delegationstheorie sagt nichts über das Wesen des TV aus, sondern sie erklärt die Tarifautonomie im Sinne einer weitergehenden sozialen Selbstverwaltungsautonomie.

In allgemeingültiger Weise kann jedoch festgehalten werden, dass der TV zumindest ein Vertrag des sozialen Privatrechts ist. Damit muss die TV-Partei auf AN-Seite *zumindest tatsächlich unabhängig* sein²⁴.

b. Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal

Die Überbetrieblichkeit ist nur dann ein *Koalitionsmerkmal*, wenn das *verfassungsrechtliche Prinzip der sozialen Selbstverwaltung* gilt. Dies setzt einmal voraus, dass die Koalition als solche durch die *kollektive Koalitionsfreiheit* gewährleistet wird²⁵. Sodann muss die kollektive Koalitionsfreiheit die *Tarifautonomie* in einem Grade gewährleisten, der über den Schutz der Tariftätigkeit hinausgeht, wobei die verfassungsrechtliche Gewährleistung das Bestehen eines positiv-rechtlichen Systems der sozialen Selbstverwaltung voraussetzt, welches die Überbetrieblichkeit als Merkmal eines einheitlichen Gewerkschaftsbegriffes kennt²⁶.

19 Vgl. o. § 5 IV B b und § 5 IV B c.

20 Vgl. o. § 5 IV B a.

21 Vgl. o. § 5 IV B d und e.

22 Vgl. o. § 5 IV C.

23 Vgl. o. § 5 IV D c und d.

24 Vgl. o. § 5 IV F.

25 Vgl. o. § 6 III.

26 Vgl. o. § 6 III D.

Die Überbetrieblichkeit ist dann ein *Merkmal der tariffähigen Koalition*, welche sich aus der TV-Partei zur *Partei der sozialen Selbstverwaltung* entwickelt hat. Hierbei lässt sich die Überbetrieblichkeit aus der Ordnungsfunktion dieser Koalition und dem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung ableiten. Die Überbetrieblichkeit als Merkmal der tariffähigen²⁷ Koalition ist damit abhängig vom Umfang der verfassungsrechtlich geschützten spezifisch koalitionsmassigen Betätigung und deren Ausgestaltung durch die Gesetze des Systems der sozialen Selbstverwaltung. Garantiert die Tarifaufonomie nur die Tariftätigkeit, so hat die tariffähige Koalition die Stellung der TV-Partei. Ihre Überbetrieblichkeit hängt vom massgebenden TV-Verständnis ab²⁸. Garantiert die Tarifaufonomie *weitergehende autonome Befugnisse der Koalitionen*, so wächst die Ordnungsfunktion der Koalitionen, woraus sich ihr Überbetrieblichkeitsmerkmal ergibt²⁹. Dabei können drei Stufen der Ausdehnung der Tarifaufonomie unterschieden werden. Die erste Stufe besteht in der Gewährleistung eines *TV-Systems*, welches Tarifvertragsrecht, Arbeitskampfrecht und Schlichtungsrecht umfasst³⁰. In einer zweiten Stufe wird zusätzlich ein *Betriebsverfassungsrecht* geschützt³¹. Die dritte Stufe schliesslich gewährleistet auch *öffentlich-rechtliche Funktionen* der Koalitionen³². Diese drei Stufen bedeuten die *verschiedenen Verwirklichungsgrade* des Systems der sozialen Selbstverwaltung. Dabei kann das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit dann angenommen werden, wenn positiv-rechtlich ein *TV-System* existiert, bei dem das massgebende AN-Kollektiv das Überbetrieblichkeitsmerkmal aufweist, und dieses TV-System durch die verfassungsrechtliche Tarifaufonomie garantiert wird.

Soll das Überbetrieblichkeitsmerkmal der TV-Partei aus der Koalitionsfreiheit gefolgert werden, so ist demnach nach dem *Grad der kollektiven Koalitionsfreiheit* zu forschen. Dieser äussert sich auf Verfassungsstufe im Umfang der geschützten Tarifaufonomie³³ und auf Gesetzesstufe in der Art der Gesetze, welche ein positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung bilden.

c. Überbetrieblichkeit als Merkmal der TV-Partei auf AN-Seite aus dem Dualismus von BetrV und TV

Die TV-Partei auf AN-Seite kann auch deshalb aus dem systematischen Zusammenhang heraus das Merkmal der Überbetrieblichkeit aufweisen, weil die Funktionstei-

27 Die Überbetrieblichkeit kann kein Merkmal der tariffähigen Koalition sein, vgl. o. § 6 III B.

28 D.h. ob der TV eher sozial-privatrechtlich oder eher kollektivistisch-öffentlich-rechtlich zu verstehen sei, was eine Frage des Entwicklungsstandes des TV ist, vgl. o. § 5 IV A, B und C.

29 Vgl. o. § 6 II D d Anm. 56.

30 Vgl. o. § 6 III C und D.

31 Vgl. o. § 7.

32 Die Parteien dieser Art der sozialen Selbstverwaltung, welche den höchsten Grad darstellt, sind gleichsam Repräsentanten von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft. Vgl. z.B. Sollner, Vorbemerkung zu § 7, 43; vgl. auch o. § 6 III A.

33 Präziser wäre der Ausdruck "Koalitionsautonomie", da die Tarifaufonomie nicht nur das TV-Recht, sondern weitere autonome Betätigungsbereiche der Koalitionen schützt, vgl. o. § 6 III C.

lung zwischen BetrV und TV eine solche zwischen Betrieb und Beruf³⁴ ist. Die TV-Partei auf AN-Seite müsste dann überbetrieblich sein, weil zwischen BetrV und TV aufgrund des Kriteriums des Betriebes unterschieden würde und einziges betriebliches AN-Kollektiv dasjenige der BetrV wäre³⁵. Aus dem Vorrangprinzip lässt sich diese Konsequenz allerdings nicht ableiten, weil hier der Gegensatz zwischen freiwillig und "zwingend"³⁶ Vereinbartem massgebend ist, und nicht derjenige von Betrieb und Beruf. Möglich ist jedoch, dass bei der Ordnung der Regelungsbereiche von BetrV und TV auf andere Weise der TV auf den überbetrieblichen Rahmen beschränkt wird³⁷.

34 Vgl. o. § 7: Zum Bereich des Berufes ist die Tätigkeit von Berufs- und Industrieverbänden zu rechnen.

35 Im Recht der kollektiven Vereinbarungen des Arbeitsrechts gäbe es nur zwei AN-Kollektive, nämlich die BetrV- und die TV-Partei. Da der betriebliche Bereich ausschliesslich der BetrV-Partei vorbehalten wäre, müsste die TV-Partei überbetrieblich sein, vgl. o. § 7 II.

36 Vgl. o. § 7 III a.

37 Z.B. durch ein Dualismusprinzip im System der positiv-rechtlichen sozialen Selbstverwaltung, vgl. o. § 7 III b.

Besonderer Teil

**Der Hausverband
als Arbeitnehmersverband:
Die schweizerische Rechtslage**

1. KAPITEL

AUSGANGSLAGE

§ 10 SCHWEIZERISCHE RECHTSGRUNDLAGEN

I. Die massgebenden Rechtsnormen

Der Werkvereinsproblematik entspricht im schweizerischen Recht die Frage nach der *Tariffähigkeit des Hausverbandes* bzw. der *Rechtsbeständigkeit des Hausverbandsvertrages*¹.

Diese Fragen hängen positiv-rechtlich von der Frage ab, wer GAV-Partei auf AN-Seite sein kann. Die Antwort enthält Art. 356 Abs. 1 OR, welcher wie folgt lautet: "Durch den Gesamtarbeitsvertrag stellen die Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmerverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverträge der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf"².

Weitere direkte Aussagen zum Problem der Tariffähigkeit des Hausverbandes finden sich im positiven Recht nicht³. Die Lösung des Problems hängt daher allein vom positiv-rechtlichen *Begriff des AN-Verbandes* ab. Insoweit entspricht die schweizerische Konstruktion der deutschen, welche auch nur auf einem positiv-rechtlichen Begriff aufbaut, nämlich demjenigen der Gewerkschaft⁴.

II. Die h.M. in Lehre und Rechtsprechung

a. Lehre

Eine *gesetzliche Definition* des Begriffes des AN-Verbandes *fehlt*. Aus dem *Wortlaut* ergibt sich nur so viel, dass der Begriff eine Zusammensetzung der Begriffe "AN" und "Verband" ist. Aus dem Begriff des AN lässt sich für die Werkvereinsproblematik nichts ableiten⁵, weshalb allein der Begriff des Verbandes näher zu untersuchen ist.

Unter dem *Begriff des Verbandes* versteht das schweizerische Zivilrecht eine *organisierte Vereinigung*, d.h. eine Personengemeinschaft mit juristischer Persönlichkeit⁶. Von der GAV-Partei auf AN-Seite verlangt das Gesetz somit die *Zusammensetzung aus AN* sowie die *Organisation als juristische Person*⁷.

Dass der AN-Verband nur diese beiden Merkmale enthält, entspricht der *h.M.* in der Lehre. So meint z.B. Schweingruber, dass ein Hausverband gültig einen GAV

1 Vgl. o. **EINLEITUNG**.

2 Fassung gemäss BG 1971.

3 Es gibt insbesondere keinen positiv-rechtlichen Begriff der Tariffähigkeit, welcher die Eignung zum GAV-Abschluss umschriebe.

4 Vgl. o. § 2 V.

5 Der Hausverband ist wie der Werkverein eine betrieblich beschränkte AN-Koalition, weshalb er sich aus AN zusammensetzt, vgl. o. **EINLEITUNG** und § 1.

6 So Egger, Personenrecht, Vorbemerkungen N. 4 und N. 10, Art. 52 N. 1.

7 Vom Zweck her möglich sind die Organisationsformen des Vereins und der Genossenschaft.

abschliessen könne, "sofern er sich aus Berufsgenossen (Arbeitnehmern) zusammensetzt und sofern er als juristische Person (mit Statuten, Organen und eigenem Vermögen) organisiert" ist". Der Hausverband werde im Gesetz nicht erwähnt und "nicht etwa tarifunfähig erklärt, wie das da und dort im Ausland" vorkomme". Die heutige h.M. entspricht der *h.M. zum alten Recht* von 1911⁹.

Bei dieser Rechtslage leuchtet es ein, wenn die Lösung des Problems der Tariffähigkeit des Hausverbandes der tatsächlichen Entwicklung überlassen wird: "Es bleibt eine Frage der Sozialpolitik, der Gewerkschaftstaktik und der klugen Vermittlungstätigkeit der Einigungsämter, zu entscheiden, wann ein Hausverband erwünscht und zur Vertretung der Arbeitnehmer berufen erscheint, oder wann er bekämpft werden soll"¹⁰.

Meinungen, die unter Hinweis auf das deutsche Recht bzw. durch Auslegung der massgebenden positiv-rechtlichen Aussage zusätzliche Merkmale für die GAV-Partei auf AN-Seite fordern, sind schon unter der Geltung des Rechts von 1911 festzustellen. Seit der Revision des GAV-Rechts von 1956 vermehrten sich diese Stimmen. Dabei wird sowohl das *Merkmal der Unabhängigkeit* als auch dasjenige der *Überbetrieblichkeit* verlangt, wobei die Begründung im GAV¹¹, dem Koalitionsbegriff¹² oder der "ratio legis"¹³ gesehen wird. Die Ansicht, die GAV-Partei auf AN-Seite müsse überbetrieblich organisiert sein, wird im Rahmen der Mindermeinung nur von wenigen Autoren vertreten¹⁴.

b. Rechtsprechung

Eine Rechtsprechung zum Problem der Tariffähigkeit des Hausverbandes ist nicht bekannt. Dies dürfte darin begründet sein, dass das schweizerische Recht im Unter-

8 Schweingruber, Kommentar GAV, 39; ebenso: Streiff, Art. 356 N. 3; Zanetti, SJK Nr. 841 Art. "Gesamtarbeitsvertrag"; Übersichten bei Gysin, GAV, 420 Anm. 1 und Hug, RdA 1958, 85 bei Anm. 36.

9 Vgl. z.B. Egger, Tariffähigkeit, 161; Fröhlich, 35 Anm. 41 mit Verweisen; Gysin, Arbeitsrecht, 72; Tschudi, Die staatliche Kontrolle der Gesamtarbeitsverträge, GR 1948, 6ff.; Heither, 91; Oser/Schönenberger, Art. 322 N. 19ff.

10 Schweingruber, Kommentar GAV, 39; Verweis auf die künftige Praxis auch bei Gysin, GAV, 419/20.

11 *Vor 1956*: Gysin, RdA 1950, 5 (das Minimum an erforderlicher Organisation folge aus der mit dem GAV verbundenen Friedenspflicht); C. Schirmer, Die Verletzung des GAV nach Schweizer Recht unter Berücksichtigung des deutschen Tarifrechts, Diss. Bern 1937, 22. *Nach 1956*: Hug, RdA 1958, 85; Vischer, 450; Berenstein, Das Gesetz über den Gesamtarbeitsvertrag, GR 1957, 161ff., 162: "Vereinbarungen, welche ein Arbeitgeber mit dem Personal seines Betriebes abschliesst (und diesem gewöhnlich aufzwingt!)...", seien keine GAV.

12 So Rehbindler, 150, 152, 160; Jacobi, Gewerkschaften, 26f.

13 *Vor 1956*: Fröhlich, 24, 55ff.; 61ff.

Nach 1956: Gysin, GAV, 420.

14 Für Überbetrieblichkeit sprechen sich von den o. in Anm. 11–13 Genannten aus:

Vor 1956: Fröhlich, 61ff.; Schirmer, a.a.O.

Nach 1956: Rehbindler, 160; Gysin, GAV, 420 Anm. 1. i.G. zum Text S. 419/20, vgl. u. § 12 III in Anm. 15; Jacobi (N. 12); Berenstein (N. 11). Hug und Vischer fordern nur Unabhängigkeit.

schied zum deutschen Recht“ *kein besonderes Verfahren* zur Feststellung der Tariffähigkeit kennt.

Denkbar ist, dass die Frage der Tariffähigkeit eines Hausverbandes im Rahmen eines *Schlichtungs- oder Schiedsverfahrens* aktuell wird. Da hierbei aber weniger Rechts- als Zweckmässigkeitsüberlegungen angestellt werden, sind allfällige Aussagen von geringem rechtlichem Wert. Zudem wäre eine einheitliche Stellungnahme nicht möglich, da das Schlichtungs- und Schiedsverfahren von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt ist¹⁵. Möglich wäre auch, dass in einem *konkreten Streitfall* der GAV nicht für anwendbar erklärt würde, weil dem Hausverband als Partei des entsprechenden GAV die Tariffähigkeit fehle. Dieser Fall erscheint jedoch als konstruiert. In der Praxis würde wohl angenommen, der Inhalt des fehlerhaften GAV sei durch übereinstimmende Willenserklärung direkt zum Inhalt des konkreten EAV geworden. Damit bliebe die durch den Hausverband getroffene Regelung im Ergebnis gültig¹⁷.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die *h.M.* in der Lehre entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes nicht verlangt. Die Frage der Tariffähigkeit des AN-Verbandes wird gar nicht nach *spezifisch arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten* beurteilt, sondern nach den *Grundsätzen der Vertragsfreiheit und der zivilrechtlichen Korporationsfreiheit*¹⁸. Die Verwendung des Begriffes “Verband” bedeutet nicht einen Hinweis auf die Verbandstheorie¹⁹, sondern einen Hinweis auf den zivilrechtlichen Verbandsbegriff. Nur eine *Mindermeinung* fordert Merkmale des AN-Verbandes, welche über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehen. Dabei erfolgt eine Anlehnung an das deutsche Recht. Im Rahmen der Mindermeinung sprechen sich wiederum nur wenige Autoren für das Überbetrieblichkeitsmerkmal aus. Eine Rechtsprechung zum Problem ist nicht bekannt.

15 Vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 6 sowie 97 ArbGG; Söllner, § 40 II 3 a, 261.

16 Vgl. u. § 14 IV B c.

17 Nämlich durch Konversion als Folge der Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR.

18 Wie sie sich beispielsweise aus der Tariffhoheit ergeben, vgl. o. § 2 IV Anm. 21.

19 So Egger, Tariffähigkeit, 161; Fröhlich, 36 bei Anm. 43 und 42 bei Anm. 63. Massgebend sind also Art. 19 und 20 OR sowie Art. 27 und 28 ZGB, vgl. dazu z.B. Egger, Personenrecht, Art. 52 N. 16ff.; Art. 53 N. 1ff., N. 16 und N. 17; Art. 55 N. 1ff.; von Tuhr/Peter 247ff. und 248 Anm. 3.

20 Vgl. o. § 5 IV D d.

§ 11 UNTERSUCHUNG DES BEGRIFFES DES AN-VERBANDES ALS AUFGABE

I. Auslegungsbedürftigkeit des Begriffes des AN-Verbandes

Soll das *Postulat* der Tarifunfähigkeit des Werkvereins¹ zum Inhalt des positiven Rechts geworden sein, so kann sich dies nur so äussern, dass die Überbetrieblichkeit ein Merkmal des *positiv-rechtlichen Begriffes* "Arbeitnehmerverband" ist. Es muss demnach der Begriff des AN-Verbandes untersucht werden. Da es sich um einen positiv-rechtlichen Begriff handelt, hat dies auf dem Wege der *Auslegung* zu erfolgen, auch wenn nach h.M. die gesetzliche Regelung genügend klar und damit nicht als auslegungsbedürftig erscheint².

II. Deutsche Rechtslage als grundsätzlicher und ergänzender Gesichtspunkt

Die Tarifunfähigkeit des Werkvereins entspringt einem Postulat, welches von deutschen Arbeitsrechtlern im Rahmen der Forderung nach einem modernen Arbeitsrecht erhoben worden ist³. Durch Interpretation ist das Postulat dann zum Bestandteil des positiven Rechts geworden⁴. Die schweizerische Mindermeinung, welche die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes fordert, stützt sich auf die deutsche Lehre. Aus den genannten Gründen bildet somit das *deutsche Recht die Grundlage* für die Beurteilung des Problems der Tariffähigkeit des Hausverbandes, zumal es infolge der besseren systematischen Durchdringung auch *allgemeingültige Aussagen* zum Problem enthält⁵. Die deutsche Rechtslage soll aber auch zum Vergleich herangezogen werden, damit allfällige Eigenarten des schweizerischen Rechts klarer erkennbar werden.

Demnach ist der Begriff des AN-Verbandes demjenigen der Gewerkschaft gegenüberzustellen. Aufgrund der Aussagen des deutschen Rechts, die einer Verallgemeinerung zugänglich sind, ist dabei der *phänomenologischen Betrachtungsweise*⁶, der Suche nach dem *richtigen GAV-Wesen*⁷ sowie der Erforschung des *Grades der verfassungsrechtlich gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit*⁸ zentrale Bedeutung zuzumessen.

1 Vgl. o. § 8 I a.

2 Vgl. o. § 10 II a Anm. 8 und 9.

3 Vgl. o. § 2 I Anm. 6 und 7.

4 Vgl. o. § 2 V und § 8 I c.

5 Vgl. o. § 9.

6 Vgl. o. § 9 IV.

7 Vgl. o. § 9 V a.

8 Vgl. o. § 9 V b.

2. KAPITEL

ÜBERBETRIEBLICHKEIT ALS MERKMAL DES ARBEITNEHMERVERBANDES

§ 12 DIE AUSSAGE DER MATERIALIEN

I. Allgemeines

Zur Ermittlung, inwiefern die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes *entstehungsgeschichtlich* begründet werden kann, sind die Materialien heranzuziehen¹. Als *Materialien* werden dabei nur die allgemein zugänglichen Unterlagen verwendet. Es sind dies die Botschaften des Bundesrates², die stenographischen Bulletins über die Verhandlungen in der Bundesversammlung³ sowie die Aussagen über die Materialien in den OR-Kommentaren⁴. Entsprechend den *Gesetzesrevisionen* werden drei Entwicklungsstadien unterschieden.

II. Die Situation von 1911

Positiv-rechtlich anerkannt wurde der TV mit der ihm eigenen Wirkung⁵ erstmals anlässlich der Revision des OR von 1911, und zwar als *Gesamtarbeitsvertrag* (GAV), welcher in den Art. 322 und 323 OR geregelt wurde⁶. Nach dieser Regelung waren GAV-Partei auf AN-Seite "Arbeiter oder Vereinigungen von Arbeitern"⁷. Es war somit nicht nur die *lockerste Form einer AN-Koalition*, ad-hoc-Koalition⁸ oder *groupement de fait*⁹ genannt, tariffähig, sondern sogar der *einzelne AN*. Für die

1 Zur Rolle der Materialien vgl. z.B. Meier-Hayoz, N. 214ff.

2 Botschaften 1905 und 1908 (BG 1911), 1954 (BG 1956) und 1967 (BG 1971), alle veröffentlicht im entsprechenden Bundesblatt. Näheres im Literaturverzeichnis.

3 StenBull des National- (NR) und des Ständerates (StR). Näheres im Literaturverzeichnis.

4 Oser/Schönenberger, Art. 322/3; H. Oser, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Zürich 1915, Art. 322/3.

5 Der Normativwirkung, vgl. o. § 5 II A und § 5 IV B.

6 BG 1911 mit Botschaft 1905 und Botschaft 1909.

7 Art. 322 OR gemäss BG 1911.

8 Kennzeichen der ad-hoc-Koalition ist, dass sie nicht von einer gewissen Dauer ist, vgl. z.B. Ramm, HDSW Art. "Koalitionsrecht"; Reuss, 149f.

9 Vgl. z.B. Heither, 91.

Situation von 1911 kann daher von einer gegenüber der allgemeinen Geschäftsfähigkeit abweichenden Tariffähigkeit¹⁰ nicht die Rede sein. Entsprechend finden sich keine Anzeichen dafür, dass die Vereinigung von Arbeitern auf überbetriebliche AN-Koalitionen beschränkt sein sollte¹¹.

III. Die Situation von 1956

Nachdem durch die neuen *Wirtschaftsartikel* die AVE und damit auch der GAV verfassungsrechtlich anerkannt worden waren¹², ging man an die Ausarbeitung eines *Gesetzes über die AVE*, wobei auch die Bestimmungen über den GAV einer Revision unterzogen werden sollten¹³.

Bzüglich der Frage, wer auf AN-Seite GAV-Partei sein könne, sah der Vorentwurf keine inhaltliche Veränderung gegenüber dem Recht von 1911 vor, abgesehen von der Tariffähigkeit des EAN. Erst anlässlich der *parlamentarischen Beratungen* wurde angeregt, das *groupement de fait* für tariffähig zu erklären. Es sollten die "*Arbeitnehmer eines Betriebes*", welche ausser dem "Arbeitnehmerverband" als GAV-Partei vorgesehen waren, gestrichen werden. Diese Ansicht konnte sich durchsetzen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Überbetrieblichkeit Merkmal des AN-Verbandes sei, weil die "Arbeitnehmer eines Betriebes" als GAV-Partei gestrichen wurden.

Über die Motivation der Streichung geht aus dem StenBull nur so viel hervor, dass sich die Kommission des Ständerates mit 5:4 für die Streichung entschied, welchem Entscheid die beiden Räte dann kommentarlos folgten¹⁴. Für das Verständnis des Begriffes "Arbeitnehmer eines Betriebes" ist daher auf die *Botschaft* zurückzugreifen. Diese verstand unter diesem Begriffe eine *nichtorganisierte Mehrheit von AN*, wie sie nach dem Recht von 1911 tariffähig war¹⁵. Entscheidend für den Begriff ist somit *nicht das Moment des Betriebes*, sondern dasjenige der unorganisierten Mehrheit.

10 Vgl. o. § 2 IV.

11 Vgl. dazu z.B. R. Boos, *Der Gesamtarbeitsvertrag nach schweizerischem Recht*, München und Leipzig 1916, 70.

12 Art. 34^{ter} Abs. 1 BV, AS 63, 1041 (6. Juli 1947); Näheres vgl. u. § 14 III C a.

13 BG 1956 mit Botschaft 1954; vgl. dazu z.B. Hug, RdA 1958, 88; derselbe, *Gesetzgebung*, 165ff.

14 StenBull StR 1955, 194; StenBull NR 1956, 223, 228.

15 So Botschaft 1954, 156; ebenso Hug, *Gesetzgebung*, 150: "In Hinblick auf den Bestand von sog. *Hausverträgen* in der Textilindustrie ... will jedoch der Entwurf davon absehen ..., die Vertragsfähigkeit auf Arbeitnehmerseite auf Verbands mit juristischer Persönlichkeit zu beschränken." Vgl. auch Schweizerische Vereinigung für Sozialpolitik, *Ausbau des Rechts des Gesamtarbeitsvertrages*, WuR 1950, 1ff., 9: Es sollte die AN-Koalition in der Rechtsform der einfachen Gesellschaft nicht mehr tariffähig sein; vgl. auch Gysin, GAV, 419/20: "Die bisher gelegentlich vorkommenden *Hausverträge* mit der Belegschaft sind neustens von der Normwirkung ausgeschlossen worden. Ob Hausverträge noch normativ in Zukunft wenigstens *dann* wirken können, wenn sie mit einem *Hausverband* abgeschlossen sind, wird die Praxis zu entscheiden haben ..."; a.M. Berenstein, *Das Gesetz über den Gesamtarbeitsvertrag*, GR 1957, 162, welcher Vereinbarungen zwischen dem AG und dem Personal seines Betriebes nicht als GAV auffasst.

Dies ergibt sich auch aus den Begriffen der *ad-hoc-Koalition* bzw. des *groupement de fait*, deren Hauptmerkmal dasjenige der ungenügenden Organisation ist. Ad-hoc-Koalition bzw. *groupement de fait* sollten als GAV-Parteien ausgeschlossen werden, damit der Zweck der Revision, nämlich die bessere Durchsetzung des GAV, eher erreicht werden konnte. Mit dieser Begründung wurde denn auch das Erfordernis der *juristischen Persönlichkeit* für die GAV-Partei auf AN-Seite eingeführt¹⁶. Dass nicht betrieblich organisierte, sondern nur *unorganisierte* AN-Koalitionen ausgeschlossen werden sollten, folgt somit auch aus der *Entstehungsgeschichte* des Begriffes "AN-Verband". Für die entscheidende Bedeutung der juristischen Persönlichkeit als Kriterium spricht sodann, dass Randpostulate, welche *echte Gewerkschaften* als GAV-Partei forderten, in der parlamentarischen Diskussion unterlagen¹⁷. Dass unter "Arbeitnehmerverband" eine Vereinigung mit juristischer Persönlichkeit zu verstehen ist, ergibt sich schliesslich aus der *Entstehungsgeschichte des GAV-Rechts*. So wurde im Entwurf von 1908 mit "Arbeiter oder Arbeitnehmerverbände" zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei solchen Vertragsbeschlüssen bald "um Verträge unter Genossenschaften als juristischen Personen oder unter Vertretern von durch Genossenschaftsvertrag verbundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern handeln könne"¹⁸.

Aus den genannten Gründen ergibt sich somit, dass anlässlich der Revision von 1956 nicht *betrieblich organisierte*, sondern *unorganisierte* AN-Koalitionen für tarifunfähig erklärt wurden. Der Unterschied gegenüber der Rechtslage von 1911 besteht darin, dass das *zusätzliche Merkmal der juristischen Persönlichkeit* erforderlich ist. Deshalb wird der Ausdruck "Arbeitnehmerverband" verwendet.

Hätte man betrieblich beschränkte AN-Verbände ausschliessen wollen, so hätte dies auch wegen der seinerzeitigen Diskussion über die echten Gewerkschaften um der Klarheit willen ausdrücklich festgehalten werden müssen.

IV. Die Situation von 1971

Anlässlich der Revision des Dienstvertragsrechts im Jahre 1971¹⁹ wurden die massgebenden Bestimmungen des GAV-Rechts nicht materiell geändert, sondern nur formell angepasst²⁰. Dennoch kann aufgrund der Revisionsdiskussion festgehalten werden, dass anlässlich der Revision 1956 mit der Einführung des Begriffes "Arbeitnehmerverband" nicht betrieblich beschränkte, sondern *unorganisierte* AN-Koalitionen

16 Vgl. dazu Botschaft 1954, 134; Hug, RdA 1958, 85; derselbe, Probleme des kollektiven Arbeitsrechts in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, in: W. Hug, Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 80. Geburtstag, Bd. I, Beiträge zum Arbeitsrecht, hgg. M. Rehbinder, Bern 1978, 275ff., 288ff.

17 Es sollte nicht gemäss den Thesen der Freisinnigen Partei "jeder Verband, der an einem GAV interessierte Mitglieder hat, ... als Kontrahent zugelassen werden. ...", so das Votum Arnold-Zürich im NR, StenBull NR 1954, 54. Der Antrag drang nicht durch, vgl. StenBull a.a.O. 54f.

18 So Botschaft 1909, 745. Näheres bei H. Oser (N. 4).

19 BG 1971 mit Botschaft 1967.

20 Schweingruber, Kommentar EAV, 388. Eine Ausnahme macht Art. 356a Abs. 2 und 3 OR in der Fassung des BG 1971.

nen ausgeschaltet werden sollten. Auf die entsprechende Frage im Vernehmlassungsverfahren antwortet nämlich die Botschaft 1971, dass 1956 die "Vertragsfähigkeit des nichtorganisierten Personals eines Betriebes" abgelehnt worden sei²¹.

V. Ergebnis

Aus der Entstehungsgeschichte des positiv-rechtlichen Begriffes "Arbeitnehmerverband" kann somit das Überbetrieblichkeitsmerkmal nicht abgeleitet werden. Die anlässlich der Revision von 1956 erfolgte Streichung der "Arbeitnehmer eines Betriebes" aus dem Entwurf hatte nicht den Sinn, dass der AN-Verband überbetrieblich sein müsse. Mit dieser Änderung sollte vielmehr nur die nichtorganisierte AN-Koalition für tarifunfähig erklärt werden. *Nicht die Überbetrieblichkeit, sondern die Organisierung als juristische Person* ist das Merkmal, welches den AN-Verband charakterisiert und den Unterschied der heutigen Rechtslage zu derjenigen von 1911 ausmacht. Da auch ein *betrieblich beschränkter AN-Verband das Merkmal der juristischen Persönlichkeit aufweisen kann*, ist entstehungsgeschichtlich gesehen gegen die Tariffähigkeit des Hausverbandes nichts einzuwenden.

21 So Botschaft 1967, 420; vgl. auch R. Schoop, Der Gesamtarbeitsvertrag, Flawil 1969, 23f.

§ 13 BERÜCKSICHTIGUNG TATSÄCHLICHER UMSTÄNDE

I. Allgemeines

Die Werkvereinsproblematik ist in besonderem Masse mit der tatsächlichen Entwicklung verbunden¹. Soll untersucht werden, inwiefern die Überbetrieblichkeit ein Merkmal des AN-Verbandes ist, erscheint daher eine *besondere* Berücksichtigung der *tatsächlichen Umstände* als angebracht. Dies umso mehr, als die phänomenologische Betrachtungsweise eine spezifische Bedeutung für die Beurteilung der Werkvereinsproblematik hat². Es ist daher zu prüfen, inwiefern sich die Überbetrieblichkeit aus dem sprachgebräuchlichen Begriff des AN-Verbandes ableiten lässt und was die phänomenologische Interpretation des Begriffes des AN-Verbandes bringt.

II. AN-Verband und Sprachgebrauch

A. AN-Verband als technischer Begriff

Schon vom Wort her gesehen fällt auf, dass der Ausdruck "Arbeitnehmerverband" *technischer* ist als der Ausdruck "Gewerkschaft". Dies folgt auch daraus, dass der Begriff "Arbeitnehmerverband" aus den beiden Begriffen "AN" und "Verband" zusammengesetzt ist³. Damit erscheint der Begriff des AN-Verbandes als technischer Begriff, bei dem der *allgemeine* Sprachgebrauch weniger begriffsbestimmend sein kann, als dies beim Begriff der Gewerkschaft der Fall ist.

B. Mangelnde Einheitlichkeit des juristischen Sprachgebrauchs

Der Sprachgebrauch kann jedoch für die Konkretisierung des Begriffes des AN-Verbandes Bedeutung haben, sofern der *juristische* Sprachgebrauch massgebend ist. Die Überbetrieblichkeit ergäbe sich dann als Merkmal des AN-Verbandes, wenn der AN-Verband im juristischen Sprachgebrauch so verstanden würde.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn zur Bezeichnung der GAV-Partei auf AN-Seite werden die verschiedensten Begriffe synonym verwendet, ohne dass dabei *einheitlich* das Überbetrieblichkeitsmerkmal ein Begriffsmerkmal wäre⁴. Eine Aussage über die

1 Sie hängt nämlich vom Phänomen des Werkvereins ab, vgl. o. § I V.

2 Vgl. o. § 4 IV und § 9 IV.

3 Vgl. o. § 10 II a.

4 Beispiele: "Arbeitsorganisation", so Tschudi, Neue Entwicklungstendenzen im Schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 43 (1947) 33ff., 58;

"Koalition", so Kägi, 34; Rehinder, 150, 160;

"Wirtschaftsverband", so Hug, Wirtschaftsverbände, 16f.; Huber, Verbandsrecht, 57;

"Verband", so Tschudi, Koalitionsfreiheit, 356;

"Organisation", so Lang, 549;

"Berufsverband", so Holer, Die Allgemeinverbindlichkeit des Gesamtarbeitsvertrages, Genf 1943, 16; Leemann, Die rechtliche Bedeutung des Tarifvertrages, SJZ 6 (1909/10) 4.

Überbetrieblichkeit wird daher nicht getroffen. Insbesondere kann aus der Verwendung des Begriffes "Berufsverband" nicht geschlossen werden, betrieblich beschränkte AN-Koalitionen seien keine AN-Verbände, da der Begriff nicht mit der Betonung des beruflichen Moments verwendet wird⁵, sondern als vereinfachende Verallgemeinerung. Auch in der Gesetzessprache, die ebenfalls nicht einheitlich ist⁶, kommt das Merkmal der Überbetrieblichkeit nicht zum Vorschein.

Es fehlt somit an einem einheitlichen technischen Sprachgebrauch, welcher den AN-Verband mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit versähe.

III. Phänomenologische Interpretation des AN-Verbandes

A. Allgemeines

Mit der phänomenologischen Betrachtungsweise ist zu untersuchen, ob die Hausverbände deshalb keine AN-Verbände sein können, weil sie *nach dem Verständnis der Betroffenen keine AN-Verbände sind*⁷. Die phänomenologische Betrachtungsweise gibt einerseits Anlass zur Prüfung der Frage, inwiefern der Hausverband dem Werkverein entspricht. Andererseits ist zu prüfen, ob der Hausverband aufgrund des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses kein AN-Verband sein könne. Es ist aber auch herauszufinden, welchen Stellenwert die phänomenologische Betrachtungsweise aufgrund der positiv-rechtlichen Aussagen des schweizerischen Arbeitsrechts haben kann.

B. Werkvereine in der Schweiz

a. "Neutrale" und "gelbe" Werkvereine

Schon früh werden Werkvereine als *Parteien von Werkstättenverträgen* nachgewiesen⁸. Da solche Werkvereine keine besondere Ideologie aufwiesen, entsprachen sie "neutralen" Werkvereinen⁹. Neben den "neutralen" Werkvereinen entstanden aber

5 So wird denn auch der "Berufsverband" neben dem "Hausverband" als GAV-Partei erwähnt, Schweingruber, Kommentar GAV, 39f.; Gysin, Arbeitsrecht, 68ff.

6 Beim NAV (Normalarbeitsvertrag) z.B. haben nach Art. 359a Abs. 2 OR die "Berufsverbände oder gemeinnützige Vereinigungen" ein Anhorungsrecht; vgl. auch die öffentlich-rechtlichen Begriffe u. § 14 IV D c Anm. 174, 175.

7 Vgl. o. § 4 IV und § 9 IV.

8 Vgl. dazu z.B. Eichholzer, 46ff.; Gruner, 998; G. Sulzer, 6 und 13; vgl. auch § 2 I Anm. 3.

9 Vgl. o. § 1 II. Ideologische bzw. Richtungsgewerkschaften entstanden erst ab 1880. Vorher waren die Gewerkschaften Hilfs- und Unterstützungskassen (vgl. dazu Gruner, 505; Hardmeier, 12) oder durch "eine Kreuzung trade-unionistischer mit proudhonistischen Prinzipien gekennzeichnet" (Gruner, 868). Zu diesen "Gewerkgenossenschaften" vgl. auch Weckerle, 9.

1880 löste sich der alte Arbeiterbund auf, woraus sich "eine ledigliche Gewerkschaftsorganisation auf Grund der sozialistischen Prinzipien" (Heeb, 42) bildete. Da der so entstandene SGB nie "neutral" war (vgl. dazu Heeb, 79f. und Weckerle, 90ff.), bildete sich insbesondere nach 1918 (Generalstreik) eine katholische, eine evangelische und eine freisinnige Gewerkschaftsbewegung (vgl. Kull, 43ff.; 88ff.; 94ff.).

auch "gelbe" Werkvereine. Bekanntester Förderer solcher Werkvereine war Sulzer-Ziegler. Dieser unterstützte nämlich die Bildung von *Arbeiterkommissionen* mit dem Zweck der "Förderung des friedlichen Zusammenlebens" zwischen Arbeiterschaft und Belegschaft¹⁰. Gefördert wurde also nicht direkt der Werkverein, sondern die Arbeiterkommission als Repräsentant der Belegschaft. So entstand bei Sulzer in Winterthur der "Freie Metallarbeiterverband". Eine Beziehung dieses Werkvereins zur deutschen Werkvereinsbewegung kam darin zum Ausdruck, dass er nach den Statuten des Reichsbundes vaterländischer Arbeitervereine¹¹ organisiert war¹².

Bekannt waren zu dieser Zeit sodann die "gelben" Werkvereine bei Berna und den SBB-Werkstätten in Olten¹³.

b. Werkvereine und der Landesverband Freier Schweizer Arbeiter (LFSA)

Eine *eigentliche* "gelbe" Werkvereinsbewegung wie in Deutschland¹⁴ entstand in der Schweiz allerdings *nicht*. Die seinerzeit bedeutenden "ideologischen" ("gelben") Werkvereine gingen vielmehr neben anderen "gelben" Gewerkschaften im LFSA auf, wie sich aus der Gründungsgeschichte des LFSA ergibt.

Am 11. Mai 1919 schlossen sich die bestehenden "freien" Arbeitervereine zum Landesverband Freier Schweizer Arbeiter zusammen¹⁵. Gründungsmitglied war dabei auch der "Freie Arbeiterverband Zürich"¹⁶, welcher mit "ideologischen" Werkvereinen verbunden war¹⁷. Auch die "gelbe" Arbeiterbewegung des Kantons Solothurn, welche auf den SBB-Werkstätten in Olten basierte, ging im LFSA auf¹⁸. Dass eine Verbindung zwischen "ideologischen" Werkvereinen und dem LFSA bestand, lässt sich sodann aus der Geschichte der "gelben" Publikationsorgane schliessen¹⁹.

Der LFSA existiert heute noch. Er repräsentiert diejenige Richtung in der schweizerischen Arbeiterbewegung, die man am ehesten als "gelb" und wirtschaftsfriedlich bezeichnen kann. Denn einerseits hat sich der LFSA aus den "freien" und "gelben"²⁰ Arbeitervereinen als ein Kampfinstrument gegen die "Monopol- und Terrortenden-

10 Sulzer-Ziegler, 5; derselbe, An unsere Arbeiterschaft, Winterthur 1910, 6; zur Arbeiterkommission von Unternehmern Gnaden vgl. auch Hug, Kündigungsrecht, 37f.; Welti, 12ff.

11 Vgl. dazu Hoffmann, 8; Mattheier, 327 (Überblick über die Entwicklung); vgl. auch o. § 1 IV Anm. 22.

12 So nach Kull, 95 bei Anm. 2 mit Verweis auf A. Weber, Der Kampf zwischen Kapital und Arbeit, 326. Diese Beziehung zu den deutschen Wirtschaftsfriedlichen zeigt auch Széll-Fröhlich, 14, auf.

13 Vgl. Egli, 18; Kull, 95. Über die "Freie Arbeiter-Zeitung" bestand eine Beziehung zum "Freien Metallarbeiterverband", so Széll-Fröhlich, 90ff.

14 Vgl. o. § 1 III und IV.

15 Kull, 94; Saxer, Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft Art. "Freie Arbeiterbewegung".

16 Egli, 20.

17 Kull, 96 in Verbindung mit der Aussage von Egli, 18f.

18 Egli, 20.

19 "Der freie Arbeiter", "Die Arbeiter Post", "Die soziale Reform", "Der Schweizer Arbeiter" (seit 15. Mai 1919), so nach Egli, 19; vgl. auch Kull, 96f.; Széll-Fröhlich, 133.

20 Egli, 18.

zen des SGB²¹ entwickelt. Andererseits ist der LFSA seit seiner Entstehung der freisinnigen Partei verpflichtet²².

In der Schweiz gab und gibt es somit keine eigentliche "gelbe" Werkvereinsbewegung, sondern *nur eine wirtschaftsfriedliche Gewerkschaftsbewegung*, welche durch den LFSA repräsentiert wird. Der LFSA ist hauptsächlich nach örtlichen Sektionen gegliedert²³.

c. Werkverein und Betriebsverfassung

Das positive Recht der Schweiz kennt kein Betriebsverfassungsgesetz. Es ist jedoch möglich, eine Art Betriebsverfassung im Rahmen einer vBO mit der AN-Vertretung zu vereinbaren²⁴. Dabei kann die Betriebsverfassung entweder nach der *Idee der Berufsgemeinschaft* oder nach derjenigen der *Betriebsgemeinschaft* ausgestaltet werden. Gilt die Idee der Berufsgemeinschaft, so ist die AN-Vertretung ein dezentralisiertes Organ des AN-Verbandes, der in diesem Fall mindestens ein *Berufsverband* ist. Ist dagegen die Betriebsgemeinschaftsidee massgebend, so wird die AN-Vertretung nicht von einem Berufsverband, sondern von einem *Hausverband* getragen²⁵. Allerdings kann der Hausverband nicht mehr zugleich GAV-Partei (AN-Verband) und Organ der Betriebsverfassung (AN-Vertretung) sein, wie dies beim Werkstättenvertrag noch möglich war²⁶.

d. Zusammenfassung

Abschliessend kann festgehalten werden, dass eine eigentliche Werkvereinsbewegung in der Schweiz nicht existiert, obwohl Ansatzpunkte dafür vorhanden waren. Die bekannten "ideologischen" Werkvereine lösten sich in der "gelben" Arbeiterbewegung, dem LFSA, auf. Die heutzutage bestehenden Hausverbände²⁷ sind damit Einzelphänomene. Sie können sowohl "neutral" als auch "ideologisch" ("gelb") sein.

21 Egli, 19.

22 Als Promotoren der freien Arbeitervereine gelten die freisinnigen Politiker J. Zäch (SG), A. von Arx (SO) und A. Machler (ZG), vgl. Egli, 18ff.; Kull, 97. Diese Verbindung ergibt sich auch aus der Grundhaltung und dem sozialen Programm des LFSA, vgl. Egli, 39ff., 50ff., 175ff.

23 Näheres dazu bei Egli, 21.

24 Art. 37 und 38 ArG. Näheres u. § 14 IV C.

25 Vgl. dazu Nawiasky, Betrieb, 92ff.; Besprechung der Ansichten Nawiasky durch Schweingruber, GR 1945, 435ff.; L. Kistler, Die Betriebsgemeinschaft, Diss. Freiburg i. Ue. 1953, insbes. 81ff.; Welti, 12ff.; Schweingruber, Entwicklungstendenzen, 200ff.; E.F. Rimensberger, Um die Betriebs- und Berufsgemeinschaft, GR 1944, 46ff. Vgl. auch u. § 14 IV C c bei Anm. 155.

26 Der Werkverein entwickelte sich aus dem Arbeitsverband, vgl. o. § 1 I und § 2 I Anm. 3.

27 Zahlen können mangels Registrationspflicht nicht genannt werden, vgl. o. **EINLEITUNG** Anm. 6.

C. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal des AN-Verbandes und das gewerkschaftliche Selbstverständnis

a. Werkvereine und das gewerkschaftliche Selbstverständnis

Anfänglich waren die grossen Gewerkschaften gegenüber Arbeiterkommissionen als Repräsentanten von Werkvereinen nicht negativ eingestellt²⁸.

Erst im Zusammenhang mit der gewerkschaftlichen Expansion in den zwanziger Jahren und der entsprechenden Ideologisierung der AG-AN-Beziehungen wurden die Arbeiterkommissionen von den Gewerkschaften des SGB bekämpft, da sie als "gelb" betrachtet wurden²⁹.

Da sich aber die bekannten "gelben" Werkvereine dem LFSA anschlossen und sich keine eigentliche Werkvereinsbewegung entwickelte³⁰, *bekämpfte der SGB nicht die Werkvereine, sondern die "gelben" Gewerkschaften*. Insofern befasste sich das gewerkschaftliche Selbstverständnis nicht mit den Werkvereinen, sondern mit den "gelben" Gewerkschaften. Im Gegensatz zur deutschen Situation war der Werkverein nicht der Typ der "gelben" Gewerkschaft³¹. Typisch waren die überbetrieblich organisierten "freien" Arbeitervereine, die als "gelb" bezeichnet wurden und aus denen sich der LFSA entwickelte³².

Die Hausverbände können somit nicht analog zum deutschen Recht als AN-Verbände mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass sie sich im Gegensatz zu den AN-Verbänden bzw. den Gewerkschaften entwickelten³³. Sie sind phänomenologisch gesehen auch nicht deshalb keine AN-Verbände, weil sie heute nicht mehr existieren³⁴.

Es bleibt allerdings die Frage offen, ob die Hausverbände deshalb dem gewerkschaftlichen Selbstverständnis widersprechen und daher keine AN-Verbände sein können, weil "gelbe" Gewerkschaften nicht anerkannt sind³⁵.

b. "Gelbe" Gewerkschaften und das gewerkschaftliche Selbstverständnis

Dass "gelbe" Gewerkschaften nicht zum Selbstverständnis der schweizerischen Gewerkschaften gehörten, kann nicht gesagt werden. Im Gegenteil, der LFSA, welcher

28 Welti, 21f.

29 Welti, 17; GR 1914, 69: "Die Gelben"; C. Nörpel, Gewerkschaften oder Werksgemeinschaft, GR 1925, 42ff.

30 Vgl. o. § 13 III B b bei Anm. 23.

31 Vgl. o. § 1 III und IV sowie § 4 IV.

32 Vgl. o. § 13 III B b bei Anm. 16-20.

33 Vgl. o. § 4 IV B.

34 Vgl. o. § 8 II a Anm. 12; **EINLEITUNG** Anm. 3 und 6.

35 Dann wären aber nur "ideologische", nicht aber "neutrale" Hausverbände keine AN-Verbände.

als "gelbe" Gewerkschaftsrichtung bezeichnet werden kann³⁶, hat sich in der schweizerischen Gewerkschaftswelt als eine der vier grossen Gewerkschaften *durchgesetzt*³⁷. Anfänglich wurde er zwar vom SGB bekämpft, doch fand er Unterstützung bei den andern beiden Minderheitsgewerkschaften, dem CNG und dem SVEA³⁸.

Eine Ablehnung wirtschaftsfriedlicher Gewerkschaften, welche im Vorwurf des mangelnden Streikwillens gründet³⁹, kann umso weniger aus dem schweizerischen Gewerkschaftsverständnis geschlossen werden, als alle vier Gewerkschaftsrichtungen sich zum *Friedensabkommen* bekennen. Die mit dem Friedensabkommen verbundene Idee vertrauensvoller Zusammenarbeit prägt in entscheidender Weise die AG-AN-Beziehungen in der Schweiz⁴⁰.

Hausverbände können somit nicht als AN-Verbände mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass sie als "gelbe" Werkvereine nicht in das gewerkschaftliche Selbstverständnis passten⁴¹.

36 Vgl. dazu z.B. Mattheier, 52ff.; GR 1916, 63ff.: Die Gelben in Verzweiflung; GR 1922, 120; Egli, 18; A. Saxer, Referat an der Delegiertenversammlung des LFSA vom 16. Juli 1933, abgedruckt im "Der Schweizer Arbeiter" vom 10. August 1933, 1. Vgl. auch o. § 13 III B b Anm. 22/23 und § 13 III C a Anm. 29. Sodann finden sich in den Nummern "Der Schweizer Arbeiter" vom 10. und 17. November 1921 Aufsätze Hirsch-Dunker'scher Provenienz, wobei diese deutsche Gewerkschaftsrichtung teilweise als "gelb" angesehen wird (so W. Abendroth, Sozialgeschichte der europäischen Arbeiterbewegung, 10. A. Frankfurt am Main 1975, 52).

37 Die vier grossen (Arbeiter-)Gewerkschaften sind: SGB (Schweizerischer Gewerkschaftsbund), CNG (Christlich-Nationaler Gewerkschaftsbund), SVEA (Schweizerischer Verband Evangelischer Arbeitnehmer), LFSA (Landesverband Freier Schweizer Arbeitnehmer). Weitere Spitzenverbände sind VSA (Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände) und Föderativverband (Föderativverband des Personals öffentlicher Verwaltungen und Betriebe), vgl. z.B. Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Art. "Gewerkschaftsbewegung"; J. Fritsch, Handbuch der Schweizerischen Arbeitnehmerverbände, Zürich 1951.

Zur Anerkennung des LFSA vgl. Kull, 94ff.

38 Kull, 101ff.

39 Vgl. o. § 1 III und IV.

40 Zum Friedensabkommen vom 19. Juli 1937 vgl. z.B. E. Wüthrich, Das Friedensabkommen, ein Weg des Fortschritts, Bern 1959; B. Zanetti, Das "Friedensabkommen" in der schweizerischen Maschinen- und Metallindustrie, Schweizer Rundschau 76 (1977) Heft 6, 1ff.; Heither, 85ff. Das Friedensabkommen hat einen korporativistischen Einschlag, dazu z.B. E.F. Rimensberger, Von der Berufsgemeinschaft zur Ordnung der Wirtschaft, GR 1941, 261ff.; J. Möri, Burgfrieden und Berufsgemeinschaft, GR 1943, 365ff.

Der rein schuldrechtliche GAV nach dem Muster des Friedensabkommens (vgl. u. § 14 II A a) entspricht m.E. den typisch schweizerischen AG-AN-Beziehungen. Das korporative Moment hat im schweizerischen Gewerkschaftswesen schon immer eine Rolle gespielt, vgl. z.B. Gruner, 512f., Ragaz 143f. (Fédération Horlogère) und 150ff. (Katholische Korporationen). Harmonieverbände sind denn auch verfassungsrechtlich geschützt, vgl. u. § 14 III C a Anm. 64.

41 Im Unterschied zur Zentralarbeitsgemeinschaft, welche die "Gelben" ausschloss (vgl. o. § 4 IV B Anm. 26), ist der LFSA am Friedensabkommen beteiligt (vgl. o. Anm. 40).

D. Bedeutung der phänomenologischen Interpretationsmethode im schweizerischen Recht

Selbst wenn die Hausverbände aufgrund des gewerkschaftlichen Selbstverständnisses als AN-Verband ausgeschlossen werden müssten, hätte dies für den Begriff des AN-Verbandes keine Bedeutung. Gegen eine phänomenologische Begriffsbildung⁴² bestehen nämlich im schweizerischen Recht überwiegende Bedenken.

Vorerst weist die Wahl des *technischen* Ausdrucks "Arbeitnehmerverband"⁴³ darauf hin, dass die phänomenologische Methode nicht besonders berücksichtigt zu werden braucht.

Sodann deutet die *Kodifikationsidee im Arbeitsrecht* darauf hin, dass den organisierten Arbeitsmarktparteien ein klar umgrenztes Tätigkeitsfeld zugewiesen wird, das sie nicht aus eigener Initiative ausdehnen können⁴⁴. Es sind denn auch keine Ansätze in der Richtung erkennbar, dass das schweizerische kollektive Arbeitsrecht einem eigenständigen Sozialrecht zuzuordnen sei⁴⁵.

Im übrigen fehlt dem schweizerischen Recht ein Analogon zu Art. 9 Abs. 3 GG, woraus eine *besondere* Autonomie der arbeitsrechtlichen Verbände abgeleitet werden könnte⁴⁶.

E. Zusammenfassung

Der Werkverein wird in der Schweiz als Hausverband bezeichnet. Als Phänomen existiert der Werkverein in der Schweiz heute noch sowohl in "neutraler" als auch in "gelber" Form. Eine eigentliche "gelbe" Werkvereinsbewegung gibt es jedoch nicht, sondern es besteht eine "gelbe" Gewerkschaftsrichtung. Die Hausverbände sind daher Einzelphänomene.

Aufgrund einer phänomenologischen Betrachtungsweise kann der Hausverband weder wegen seiner betrieblichen Beschränkung⁴⁷ noch wegen seiner allfälligen "gelben" Gesinnung als AN-Verband ausgeschlossen werden. Wegen der Bedeutung des LFSA gehört eine "gelbe" Gewerkschaftsrichtung zum Selbstverständnis der schweizerischen Gewerkschaften. Im übrigen lässt sich im schweizerischen Recht die phänomenologische Bestimmung des Begriffes "Arbeitnehmerverband" nicht vertreten.

42 Vgl. o. § 8 III a.

43 Vgl. o. § 10 II a und § 13 II A.

44 I.G. zum deutschen Recht (vgl. o. § 6 III C) ist im schweizerischen Recht die Tarifautonomie nicht verfassungsrechtlich besonders geschützt, denn der einfache Gesetzgeber entscheidet frei, welche Fragen den GAV-Parteien zur Regelung überlassen und welche öffentlich-rechtlich (AN-Schutzrecht) behandelt werden, so Hug bei Duvernell, 196.

45 Tschudi, Neue Entwicklungstendenzen im Schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 43 (1947) 33ff., 59. Vgl. dagegen o. § 4 IV C, § 5 IV D d, § 5 IV E a.

46 Vgl. o. § 6 II B Anm. 13, § 6 II C b, § 6 II D c, § 6 III A.

47 Nur dann wären nicht nur "gelbe", sondern auch "neutrale" Hausverbände keine AN-Verbände, vgl. o. § 13 III C a Anm. 35.

IV. Resultate aus der Berücksichtigung tatsächlicher Umstände

Weder der Sprachgebrauch noch seine Präzisierung durch die phänomenologische Interpretation führen somit dazu, dass das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes begründet werden könnte. Bei Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände ist daher der Hausverband ein AN-Verband.

Wegen der Anerkennung der wirtschaftsfriedlichen Gewerkschaftsrichtung und der Bedeutung des Friedensabkommens wird im übrigen das Prinzip der sozialen Gegenspielierschaft nicht durch das Arbeitskampfmoment geprägt. Insofern kann das Überbetrieblichkeitsmerkmal für den AN-Verband nicht aus dem GAV gewonnen werden⁴⁸.

48 Vgl. o. § 9 V a.

§ 14 BERÜCKSICHTIGUNG DES SYSTEMATISCHEN ZUSAMMENHANGES

I. Allgemeines

Im folgenden soll untersucht werden, inwiefern sich die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes aus dem *systematischen Zusammenhang des positiven Rechts* ergibt. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob die als allgemeingültig erkannten systematischen Kriterien für eine Rechtfertigung des Überbetrieblichkeitsmerkmals¹ im schweizerischen Recht erfüllt und welches die Besonderheiten des schweizerischen Rechts sind.

II. AN-Verband und GAV

A. Ansätze aus der positiv-rechtlichen Erfassung des GAV

a. Die Normativwirkung ist kein Merkmal des GAV

Im Vergleich mit der deutschen Regelung fällt als Besonderheit des schweizerischen Rechts auf, dass der GAV kraft *ausdrücklicher* gesetzlicher Bestimmung keinen normativen Teil aufweisen muss. Der GAV kann nämlich auch nur Abmachungen im Sinne von Art. 356 Abs. 2 OR enthalten². *Einem solchen GAV fehlt jedoch das Wesen eines TV*³. Es liegt kein echter TV vor, sondern ein *gewöhnlicher Schuldvertrag*, ein Kollektivvertrag⁴. Dieser GAV, welcher zur Unterscheidung vom klassischen GAV (Normativ-GAV) als *rein schuldrechtlicher GAV* bezeichnet werden kann, lässt sich

1 Vgl. o. § 9.

2 Das sind andere Bestimmungen als Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten AG und AN, wobei diese Bestimmungen das Verhältnis zwischen AG und AN betreffen müssen oder sich auf die Aufstellung solcher Bestimmungen beschränken können.

Diese nach Art. 356 Abs. 2 OR möglichen "anderen Bestimmungen" entfalten keine Normativwirkung, vgl. Art. 357 Abs. 1 OR, welcher die Normativwirkung auf Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR beschränkt. Näheres z.B. bei Hug, RdA 1958, 83 bei Anm. 19 mit weiteren Verweisen; Schweingruber, Entwicklungstendenzen, 208ff.

3 Vgl. o. § 5 III.

4 Kollektiv ist der Vertrag, sofern Kollektive daran beteiligt sind. Muster eines solchen Kollektivvertrages ist das Friedensabkommen, vgl. z.B. Heither, 85ff.

Ein GAV ohne Normativwirkung wurde im Vorfeld der Revision von 1956 vereinzelt propagiert, v.a. aufgrund rechtsdogmatischer Überlegungen (Aufhebung der Systemwidrigkeit des GAV), so E. Lusser, Zur Konstruktion kollektiver Verträge, SJZ 50 (1954) 137ff. und 169ff.; M. Usteri, Über Verfassungswidrigkeiten im Entwurf zu einem neuen Gesamtarbeitsvertragsrecht, SJZ 50 (1954) 269ff.; R. Zumbühl, Bemerkungen zur geplanten Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung, WuR 1954, 163ff.; vgl. auch o. § 5 IV E c.

mangels der Normativwirkung ohne weiteres in das System des klassischen Vertragsrechts einordnen⁵.

Ausgehend von der Begründung der Tariffähigkeit mit der Normativwirkung des TV⁶ ist dann aber nicht ersichtlich, weshalb die AN-Partei eines rein schuldrechtlichen GAV über die Geschäftsfähigkeit und die sich aus dem Gesetz ergebenden klaren Anforderungen hinaus noch die Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllen sollte. Beim rein schuldrechtlichen GAV können daher die *Tariffähigkeitsmerkmale* der tatsächlichen Unabhängigkeit oder der Überbetrieblichkeit *nicht in Frage kommen*. Demnach kann ein Hausverband einen rein schuldrechtlichen GAV abschliessen⁷.

Ein derartiger rein schuldrechtlicher GAV könnte höchstens aufgrund von Art. 20 OR nichtig sein. Hierfür genügte es jedoch nicht, dass im konkreten Fall die Abhängigkeit des Hausverbandes erwiesen ist, sondern die Handlungsfreiheit des Hausverbandes müsste über das normale Mass hinaus derart durch die stärkere AG-Seite beschränkt sein, dass der Vertragsinhalt einem unsittlichen einseitigen Diktat entspräche⁸. Als Partei eines rein schuldrechtlichen GAV hat somit der Hausverband keinen erhöhten Anforderungen zu genügen.

b. Folgerungen aus der positiv-rechtlichen Umschreibung der Einwirkungspflicht

Aufgrund der Erkenntnisse im Rahmen des Allgemeinen Teiles fragt es sich jedoch, ob die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes aus der *positiv-rechtlichen* Umschreibung der Einwirkungspflicht⁹ abgeleitet werden könnte.

Positiv-rechtliche Hinweise sind nicht ersichtlich. Aus der Entstehungsgeschichte der positiv-rechtlichen Festschreibung der Einwirkungspflicht lässt sich sogar folgern, dass sich die Überbetrieblichkeit für das schweizerische Recht gerade nicht aus der Einwirkungspflicht gewinnen lässt. Die im Zusammenhang mit der Einwirkungspflicht angestellten Zweckmässigkeitsüberlegungen brachten nämlich die Einführung des *Merkmals der juristischen Persönlichkeit* für den AN-Verband. Mit denselben Zweckmässigkeitsüberlegungen kann daher nicht auch noch das zusätzliche Merkmal der Überbetrieblichkeit gerechtfertigt werden. Es liegt vielmehr ein qualifiziertes Schweigen vor¹⁰. Im übrigen bestätigt die positiv-rechtliche Formulierung der Einwir-

5 Vgl. o. § 5 II A.

6 Vgl. o. § 2 IV und § 5 II B Anm. 23.

7 Da er die sonstigen Merkmale erfüllt, vgl. o. § 10 II a.

8 Es läge dann ein Knebelungsvertrag vor, vgl. z.B. K. Oftinger, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. A. Zürich 1973, 72ff.; vgl. auch Schibler, 39ff. 40, welcher die Unabhängigkeit der GAV-Partei auf AN-Seite aus Art. 20 OR folgert, und zwar je nach Massgabe des konkreten Falles; ebenso Egger, Tariffähigkeit, 165; vgl. auch von Tuhr/Peter, 259ff.

9 Denn aus dem Sinn der Einwirkungspflicht kann nichts abgeleitet werden, vgl. o. § 5 II B.

10 Weil die Rechtsform der einfachen Gesellschaft (groupement de fait) als unzweckmässig erachtet wurde, wurde das Merkmal der juristischen Persönlichkeit eingeführt, vgl. o. § 12 III Anm. 16. Man wollte es somit bei einer "formellen" Unabhängigkeit, welche durch die Organisationsform der juristischen Persönlichkeit gegeben ist, bewenden lassen.

kungspflicht, dass mit dem Begriff des AN-Verbandes eine Personenmehrheit mit juristischer Persönlichkeit gemeint ist, da vom Einsatz "statutarischer und gesetzlicher Mittel" gegen die "Mitglieder" die Rede ist¹¹.

c. Folgerungen aus der gemeinsamen Durchführung eines GAV

Eine schweizerische Besonderheit besteht in der Regelung von Art. 357b OR, wonach die Parteien eines Verbands-GAV vereinbaren können, dass ihnen gemeinsam ein Anspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber beteiligten AG und AN zusteht. Dieser *Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung* verdankt seine Existenz historischen Umständen. Mit dieser Rechtsform sollte nach dem Muster des Friedensabkommens eine über die Geltungsdauer eines GAV hinausgehende *Vertragsgemeinschaft* ermöglicht werden¹².

Die Positivierung der Möglichkeit einer gemeinsamen Durchführung des GAV bedeutet eine über die Normativwirkung hinausgehende Einschränkung der persönlichen Freiheit der Tarifunterworfenen, da diese nicht nur durch die Normativwirkung, sondern auch durch die Art der gemeinsamen Durchführung des GAV in ihren Rechten eingeschränkt werden. Deshalb haben die Parteien eines solchen GAV eine gesteigerte Ordnungsfunktion¹³. Wegen der gesteigerten Ordnungsfunktion und des verstärkten Zwangsmomentes weist der Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung eine kollektivistisch-öffentlich-rechtliche Grundtendenz auf, weshalb hier für den AN-Verband das Merkmal der Überbetrieblichkeit zu fordern ist¹⁴.

d. Folgerungen aus der Regelung des ave-GAV

Wie oben gesehen, ergibt sich für eine Art des TV bzw. die entsprechende TV-Partei auf AN-Seite das Merkmal der Überbetrieblichkeit unabhängig von einer besonderen rechtlichen Regelung aus der *Natur der Sache*. Es geht um den ave-TV¹⁵. Der AN-Verband hat daher beim *ave-GAV* überbetrieblich zu sein. Die positiv-rechtliche Formulierung bietet allerdings Anlass zu weitergehenden Aussagen. Da es heisst, dass der GAV "auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes" ausgedehnt werden könne, wird gefolgert, der AN-Verband müsse zumindest ein Berufsverband sein. Denn sonst könne der GAV nicht auf AG und AN des betreffenden *Berufes* ausgedehnt werden¹⁶.

11 Art. 357a Abs. 1 OR. Insofern wird das sich aus den Materialien ergebende Resultat, vgl. o. § 12 V, bestätigt.

12 Vgl. dazu z.B. Hug, RdA 1958, 83 bei Anm. 19; Gysin, GAV, 433.

13 Vgl. o. § 5 IV B e und § 5 IV F.

14 Vgl. o. § 5 IV A b.

15 Vgl. o. § 5 IV B d.

16 So Gysin, GAV 420 Anm. 1. Die Aussage wirkt jedoch unklar und steht mit derjenigen bezüglich der Anerkennung des Hausverbandes als GAV-Partei im Widerspruch, vgl. o. § 12 III Anm. 15.

Diese Aussage kann für den AN-Verband eines *Firmen-GAV* nicht zutreffend sein, da die AVE gemäss gesetzlichem Wortlaut und Sinn nur bei einem Verbands-GAV möglich ist¹⁷.

Aus der erwähnten Formulierung kann aber auch nicht abgeleitet werden, der AN-Verband *jedes* Verbands-GAV müsse das Merkmal der Überbetrieblichkeit aufweisen. Denn diese Bestimmung will nicht den Verbands-GAV regeln, sondern die AVE. Sie äussert sich demnach nicht über die Voraussetzungen des Verbands-GAV, sondern über diejenigen der AVE. Nicht jeder Verbands-GAV, sondern nur derjenige, welcher *ave* werden soll, muss eine überbetriebliche, d.h. berufliche Basis aufweisen, damit er auf die übrigen AG und AN des Berufes ausgedehnt werden kann.

Dieser Schluss lässt sich auch mit dem *Wesen der AVE* begründen, welches darin besteht, dass ein im Wege der Selbsthilfe *repräsentativ gewordener TV* auf die noch nicht Beteiligten ausgedehnt werden muss. Damit ein GAV repräsentativ ist, muss er eine gegenüber den andern GAV erhöhte Verbreitung aufweisen, z.B. über die Hälfte der AG und AN eines Berufes umfassen¹⁸. Das berufliche Element im Zusammenhang mit der AVE besagt damit, dass nicht jeder Verbands-GAV *ave* erklärt werden kann, sondern nur derjenige, welcher im Laufe der Entwicklung so repräsentativ geworden ist, dass er mehr als die Hälfte der AG und AN im Beruf umfasst.

Aus der Regelung der AVE kann somit nicht gefolgert werden, dass der AN-Verband beim Verbands-GAV generell überbetrieblich zu sein habe. Die Überbetrieblichkeit gilt nur beim AN-Verband eines *ave-GAV* oder eines GAV, der die Voraussetzungen zur AVE erfüllt. Ein Verbands-GAV, der auch *bei geringem Organisationsgrad* möglich sein soll und dementsprechend nicht repräsentativ ist, erfordert nicht die Überbetrieblichkeit des entsprechenden AN-Verbandes¹⁹.

e. Zusammenfassung

Die positiv-rechtliche Regelung zeigt, dass zwischen *verschiedenen Arten* von GAV unterschieden werden muss. Dabei gibt es nicht nur, wie nach dem TVG, den *ave-GAV*, den Verbands-GAV und den Firmen-GAV²⁰.

Es ist vielmehr zwischen *zwei Grundtypen* des GAV zu unterscheiden, nämlich zwischen dem klassischen Normativ-GAV einerseits und dem rein schuldrechtlichen GAV andererseits. Das Problem der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes stellt sich nur beim Normativ-GAV, weil allein in diesem Zusammenhang vom Erfordernis der Tariffähigkeit gesprochen werden kann. Da der rein schuldrechtliche GAV nichts weiter als ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag ist, hat der AN-Verband hier nicht tariffähig zu sein, sondern er hat nur die aus dem Gesetz klar ersichtlichen Merkmale zu erfüllen.

17 Dies ergibt sich sowohl aus dem klaren Wortlaut über die AVE als auch aus ihrem Sinn.

18 Vgl. auch o. § 5 IV B d und e sowie § 5 IV F.

19 Denn ein solcher GAV hat keine Ordnungsfunktion, vgl. o. § 5 IV A b und § 5 IV C.

20 Vgl. o. § 5 IV B und u. § 14 II B a in Anm. 24.

Liegt ein *Normativ-GAV* vor, so ergibt sich die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes nur dann, wenn es um einen *ave-GAV*²¹ oder einen *Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung* geht.

Offen bleibt aufgrund der positiv-rechtlichen Regelung des GAV, was für den AN-Verband beim Normativ-GAV in der Form des *Verbands-GAV* oder in derjenigen des *Firmen-GAV* gilt. Hierzu bedarf es einer näheren Untersuchung des *GAV-Wesens*, welches in der Normativwirkung des GAV liegt²².

B. Ansätze aus dem Wesen des GAV

a. Positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung

Zur Prüfung, welches Wesen der GAV aufweist, können die im Allgemeinen Teil aufgezeigten Kriterien angewendet werden, wobei sich *positiv-rechtliche Besonderheiten des schweizerischen Rechts* nur hinsichtlich der Ausgestaltung der Normativwirkung und der Entwicklungsgeschichte des GAV bemerkbar machen. Im übrigen gilt das im Allgemeinen Teil Gesagte analog für die schweizerischen Verhältnisse²³.

Auch die positiv-rechtliche Ausgestaltung der Normativwirkung ist beim GAV grundsätzlich gleich wie beim TV, sieht man von der deutlich anerkannten Möglichkeit des rein schuldrechtlichen GAV ab²⁴. Damit ist der GAV wie der TV *wesensmässig sozial-privatrechtlich*²⁵. Dieser Charakter ist aber beim GAV aus mindestens den drei folgenden Gründen noch stärker ausgeprägt als beim TV.

Einmal sind im schweizerischen Recht aufgrund der verfassungsmässigen Regelung der AVE die *Grundsätze der Verbands- und der Vertragsfreiheit* besonders geschützt. Die *Verbandsfreiheit* will die individuelle Wahl eines Verbandes garantieren²⁶, wogegen die *Vertragsfreiheit* im Schutz vor Organisations- und Aussperrklauseln beteht²⁷. Verbands- und Vertragsfreiheit sind somit Ausdruck eines besonderen Schutzes der privatrechtlichen Vereinigungsfreiheit²⁸ und damit des erhöhten Stellenwertes der individuellen Rechtsposition.

Eine *Privilegierung des Individuums* vor dem Verband zeigt sich sodann auch darin, dass ein *Einzelanschluss* an einen GAV möglich ist²⁹.

21 Bzw. um einen GAV, der ave werden könnte, vgl. o § 14 II A d.

22 Vgl. o. § 5 II C.

23 Vgl. o. § 5 III und IV.

24 Für das deutsche Recht ist nur aufgrund der Rechtsprechung die Normativwirkung nicht mehr wesentlich, sondern nur noch typisch, vgl. o. § 5 II A Anm. 4. Nach Gesetz ist die Normativwirkung wesentlich.

25 Vgl. o. § 5 IV A a und § 5 IV F.

26 Vgl. Art. 34^{ter} Abs. 2 BV und u. § 14 III C a.

27 Vgl. dazu BGE 51 (1925) II 525; 54 (1928) II, 142; 74 (1948) II 167; 75 (1949) II 316; BG 1956 Art. 322bis Abs. 2 (angemessener Solidaritätsbeitrag), Abs. 3 (Verbot des Anschlusszwanges) und Abs. 4 (Verbot von Organisationsklauseln); BG 1971 Art. 356a (Verbot von Organisationsklauseln) und Art. 356b (Anschlussverbot); sodann Hug, RdA 1958, 86; Schweingruber, Entwicklungstendenzen, 241ff.

28 Näheres dazu u. § 14 III B Anm. 56 und § 14 III C a Anm. 68–71.

29 So gemäss Art. 356b Abs. 1 OR.

Für eine im Vergleich mit dem deutschen Recht stärkere sozial-privatrechtliche Grundtendenz des GAV spricht schliesslich die Tatsache, dass *keine gesetzliche Nachwirkung* der Tarifnormen besteht³⁰.

b. Folgerungen aus der positiv-rechtlichen Entwicklung des GAV

Was die Entwicklung des GAV-Rechts betrifft, so kann eine Tendenz in Richtung kollektivistisch-öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des GAV bemerkt werden. Als 1911 der Normativ-GAV gesetzlich eingeführt wurde, verstand man ihn als sozial-privatrechtliches Korrekturmittel entsprechend den Grundgedanken, welche die damalige Revision des Dienstvertragsrechts leiteten³¹.

Die Problematik der rechtlichen Stellung dieses Normativ-GAV wurde jedoch erst im Zusammenhang mit der Diskussion um die AVE des GAV richtig erfasst. Es tauchte insbesondere die Frage nach der Gefährdung des rechtsstaatlich legitimierten Gesetzgebers durch die Tätigkeit der GAV-Parteien auf³². Die verfassungsrechtliche Anerkennung der AVE und damit indirekt des GAV löste das Problem nur vordergründig. Sie brachte jedoch, zusammen mit der nachfolgenden Revision des GAV-Rechts im Jahre 1956, eine *Steigerung der Ordnungsfunktion der GAV-Parteien*³³.

Allerdings kann aufgrund dieser Neuerungen nicht gesagt werden, der GAV habe keinen sozial-privatrechtlichen Schwerpunkt mehr, zeigt doch die Art der Revision von 1956, dass das *privat-rechtliche Moment des GAV* in verschiedener Hinsicht *betont wurde* und demzufolge überwiegt. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die *Bevorzugung einer privatrechtlichen* vor einer *öffentlich-rechtlichen Lösung der AVE*³⁴, die *Einführung des rein schuldrechtlichen GAV*³⁵, der *schwache Ausbau*

30 Zur Nachwirkung vgl. o. § 5 IV B c; im schweizerischen GAV-Recht wurde bewusst auf die gesetzliche Statuierung einer Nachwirkung verzichtet, vgl. Hug, RdA 1958, 85 Anm. 34 mit Verweis auf die Botschaft 1954, 37. Allerdings kann die Nachwirkung als mutmasslicher Wille der Parteien des EAV gedeutet werden (vgl. BGE 98 (1972) I a 561ff.).

Zum Gleichgewichts- und Paritätsprinzip sowie dem sozial-privatrechtlichen Wesen des GAV vgl. neuerdings H. Hausheer, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel (dargestellt an den Beispielen des GAV und des RMV (Rahmenmietvertrag)), ZSR 95 (1976) II 228ff., 304ff., 311.

31 Die Normativwirkung des GAV wurde auf Veranlassung von Lotmar positiv-rechtlich eingeführt, vgl. Lotmar, Dienstvertrag, 550; Hug, RdA 1958, 81.

Zum sozial-privatrechtlichen Grundgedanken der Revision, welche im Zeichen der Überwindung des römisch-rechtlichen Dienstvertrages ("locatio conductio operarum") stand, vgl. Hug, Kündigungsrecht, 123, 136ff.; Guisan, 23ff., insbes. 33; Lang, 540ff.; vgl. auch o. § 5 IV A a Anm. 47 und § 5 IV D b Anm. 81.

32 Hierzu v.a. Huber, z.B. Koalitionsfreiheit, 18ff.; Naegeli, Verbände, 205ff. Das Problem der AVE von GAV prägte in der Schweiz die Diskussion auch um den GAV an sich, vgl. Hug, RdA 1958, 81.

33 Indem z.B. das Mittel der AVE eingeführt, die Möglichkeit des Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung (Vertragsgemeinschaft) geschaffen und das Erfordernis der juristischen Persönlichkeit für den AN-Verband verlangt wurde.

34 Dazu z.B. Naegeli, Verbände, 215 bei und in Anm. 4, 216 Anm. 1 und 2; Hug, RdA 1958, 88f.

35 Vgl. o. § 14 II A a insbes. Anm. 2.

der Vertragsgemeinschaft³⁶ und die Zuordnung des GAV zum OR statt zum AVEG³⁷. In die gleiche Richtung geht die Verankerung der Grundsätze der Verbands- und Vertragsfreiheit³⁸.

Gesetzgeberische Intention der Revision von 1956 war somit nicht eine Systemänderung, sondern eine Systemverfeinerung unter subtiler Abwägung von Individual- und Gruppeninteressen im Dienste des Arbeitsfriedens³⁹. Es kann auch nicht von einem der deutschrechtlichen Vorstellung über die soziale Selbstverwaltung durch die Koalitionen entsprechenden Grad von Kollektivismus im GAV die Rede sein⁴⁰.

C. Resulate

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich aufgrund der gesetzlichen Umschreibung des GAV die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes nur beim *ave-GAV* und beim *Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung* rechtfertigen lässt⁴¹, vorausgesetzt, es handle sich um einen *Normativ-GAV*⁴². Liegt dagegen ein *rein schuldrechtlicher GAV* vor, so kann das Tariffähigkeitsmerkmal der Überbetrieblichkeit ebenso wenig wie dasjenige der tatsächlichen Unabhängigkeit gefolgert werden, da hier der AN-Verband nicht tariffähig sein muss⁴³. Weil das *Wesen des Normativ-GAV* sozialprivatrechtlich ist⁴⁴, ergibt sich sodann für den AN-Verband beim Verbands- und Firmen-GAV, dass er neben den klar ersichtlichen Erfordernissen⁴⁵ das *Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit* aufweisen muss⁴⁶.

Der Hausverband ist somit als Partei eines rein schuldrechtlichen GAV ohne weitere Einschränkungen⁴⁷ zuzulassen. Beim *ave-GAV* und beim *Verbands-GAV* mit

36 Dazu Hug, RdA 1958, 83 bei Anm. 19; Gysin, GAV, 433.

37 Dies beschloss das Parlament entgegen der Meinung der Experten, um damit die privatrechtliche Natur des GAV zu unterstreichen, dazu z.B. Botschaft 1967, 244.

38 Art. 34^{ter} Abs. 2 BV; Art. 2 Abs. 1 Ziff. 5,6 und 7 AVEG; vgl. auch o. § 14 II B a Anm. 26 und 27.

39 Dazu Hug, RdA 1958, 89; vgl. auch u. § 14 III C a.

40 Gemeint ist hier die h.M., welche den TV durch die Delegationstheorie erklärt, vgl. o. § 5 IV E b; im schweizerischen Recht herrscht die rein privatrechtliche Konzeption des GAV vor, so Schluep, 181 Anm. 3 mit Verweisen, wobei er selbst jedoch für die öffentlichrechtliche Delegationstheorie eintritt; für die privatrechtliche Konzeption auch Hug bei Duvernell, 188ff.

41 Vgl. o. § 14 II A c und d.

42 Vgl. o. § 14 II A a Anm. 6.

43 Vgl. o. § 14 II A a bei Anm. 7 und 8.

44 Vgl. o. § 14 II B a.

45 Zusammensetzung aus AN, Organisation als juristische Person, vgl. o. § 10 II a.

46 Dies ergibt sich aus der Natur des TV als eines mindestens sozial-privatrechtlichen Vertrages, vgl. o. § 5 IV und § 9. Es geht um eine Konkretisierung von Art. 20 OR im Hinblick auf die Besonderheit des Normativ-GAV.

Damit gilt für die Schweiz, unter dem Gesichtspunkt des GAV, eine der Weimarer Zeit vergleichbare Rechtslage, vgl. o. § 2 II.

47 Als Schranke für das Mass der Unabhängigkeit des AN-Verbandes gilt hier Art. 20 OR nur im allgemeinen Sinne, da die Besonderheit des GAV, die Normativwirkung, hier gerade fehlt.

gemeinsamer Durchführung ist er als Partei ausgeschlossen. Beim Normativ-GAV in der Form des Verbands-GAV und in derjenigen des Firmen-GAV hat er zusätzlich das Erfordernis der tatsächlichen Unabhängigkeit zu erfüllen. Steht im Einzelfall die Abhängigkeit des Hausverbandes fest, so muss der entsprechende AN-Verband überbetrieblich sein, d.h. der Hausverband wird als GAV-Partei ausgeschlossen. Dies dürfte tendenziell beim Verbands-GAV der Fall sein, da hier die AG-Seite überbetrieblich organisiert ist. Beim Firmen-GAV ist es dagegen eher denkbar, dass der Hausverband als GAV-Partei funktionieren kann, insbesondere bei kleineren Betrieben.

III. AN-Verband und Koalitionsfreiheit

A. Allgemeines

Wie im Allgemeinen Teil gesehen, kann für die TV-Partei auf AN-Seite das Überbetrieblichkeitsmerkmal dann aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden, wenn es ein Merkmal des Koalitionsbegriffes ist⁴⁸. Dies setzt wiederum voraus, dass die Verfassung die kollektive Koalitionsfreiheit in einem solchen Grade gewährleistet, dass das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geschützt wird, wodurch die Koalition nicht nur mögliche TV-Partei, sondern auch Partei der sozialen Selbstverwaltung ist⁴⁹.

Eine *Koalitionsfreiheit im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG* kennt das schweizerische Verfassungsrecht nicht. Dennoch können verschiedene verfassungsrechtliche Aussagen über die Koalition festgehalten werden, die im folgenden näher zu prüfen sind.

B. Der Aspekt der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV)

Als *verfassungsmässiges* Recht wird die Koalitionsfreiheit aus der *allgemeinen Vereinsfreiheit* (Art. 56 BV) abgeleitet⁵⁰. Damit ist die Koalitionsfreiheit ein *klassisches individuelles Freiheitsrecht*, d.h. ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen gegenüber dem Staat⁵¹. So verstanden schützt die Koalitionsfreiheit die Koalition als solche nur insoweit, als es sich zum Schutze der individuellen Koalitionsfreiheit aufdrängt⁵². Da zudem die für die Koalitionsfreiheit charakteristische *Drittwirkung*⁵³

48 Vgl. o. § 6 I und § 9 V b.

49 Wird zwischen Koalitionsarten unterschieden, so ist Partei der sozialen Selbstverwaltung die tariffähige Koalition i.e.S., vgl. o. § 6 III B.

50 Dazu z.B. Huber, Koalitionsfreiheit, 1ff.; Kagi, 30; Schluep, 183 Anm. 21; Tschudi, Koalitionsfreiheit, 362ff.

51 Dazu Huber, Koalitionsfreiheit, 15f.; Kägi, 40, 42ff.; Fleiner/Giacometti, 380.

52 Da die Koalitionsfreiheit nur im Rahmen von Art. 56 BV geschützt ist, ist sie noch in ausgeprägterem Sinne individuell angelegt als die Koalitionsfreiheit der WRV oder des GG, vgl. o. § 6 II C. Denn Art. 56 BV schützt die Freiheit des Individuums und nicht diejenige des Vereins an sich, vgl. J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, II, 748 n°. 2139. Umso weniger kann die Garantie einer kollektiven Koalitionsfreiheit angenommen werden.

53 Die Drittwirkung ermöglicht einen Schutz des Individuums vor sozialen Gewalten, hier insbes. des AN vor dem AG, vgl. Formulierung von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG o. § 6 I nach Anm. 4; vgl. auch Ramm, Art. "Koalitionsrecht" im HDSW.

nicht möglich ist⁵⁴, wird die Koalitionsfreiheit durch Art. 56 BV nicht in besonderem Masse geschützt. Verfassungsrechtler verstehen daher unter der Koalitionsfreiheit im schweizerischen Recht nicht ein *verfassungsmässiges Sonderrecht* zum Schutze der Koalitionsfreiheit⁵⁵, sondern die *privatrechtliche* Vereinsfreiheit des AN gegenüber dem AG und umgekehrt⁵⁶.

Bei dieser verfassungsmässigen Rechtslage ist die *Koalition nicht anders geschützt als jeder beliebige Verein*. Aus Art. 56 BV lässt sich daher nicht ableiten, es seien nur AN-Verbände i.G. zu AG-Verbänden⁵⁷ oder gar nur *kampfwillige* AN-Verbände⁵⁸ als Koalitionen im Sinne der BV zu verstehen. Art. 56 BV schützt vielmehr jede Art von Koalition, also auch den nicht überbetrieblich organisierten AN-Verband, weshalb sich mit Art. 56 BV das Überbetrieblichkeitsmerkmal für den AN-Verband nicht begründen lässt⁵⁹.

C. Entscheidende Rolle der Wirtschaftsartikel

Die verfassungsrechtliche Basis für die Rechtsstellung insbesondere der AN-Koalition findet sich weniger in Art. 56 BV (Vereinsfreiheit) als in einer Reihe von Bestimmungen der Wirtschaftsartikel.

a. Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV

So ist der Bund gemäss Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV befugt, Vorschriften aufzustellen "über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen und von anderen gemeinsamen Vorkehren von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden zur Förderung des Arbeitsfriedens."

Die Verfassung verwendet also den *Begriff des AN-Verbandes* und nicht denjenigen der AN-Koalition. Da der AN-Verband verfassungsrechtlich durch Art. 34^{ter}

54 Weil es sich um ein klassisches Freiheitsrecht handelt, das nur gegenüber der Staatsgewalt wirkt, vgl. Huber, Koalitionsfreiheit, 3f.; Tschudi, Koalitionsfreiheit, 362.

55 Im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG.

56 So Huber, Koalitionsfreiheit, 3; Fleiner/Giacometti, 382 Anm. 42; J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967, II, 747 n°. 2136 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch u. § 14 III C a.

57 So der Sinn der Motion Vogelsanger vom 17. November 1891, der jedoch nicht Folge geleistet wurde, vgl. Huber, Koalitionsfreiheit, 5, 8f. mit Verweis auch auf die Botschaft zum verworfenen BG über die Organisation des Arbeitsverhältnisses, BBl 1919 II 1ff., BBl 1920, 263. Ebenso wie Vogelsanger, nämlich gegen das Prinzip der Parität von AN und AG, das Verständnis der Koalitionsfreiheit beim SGB, vgl. z.B. GR 1918, 11f.: Der Schutz des Koalitionsrechts.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass selbst die Garantie der Koalitionsfreiheit der WRV auf dem Paritätsgedanken beruhte, vgl. o. § 6 II C a.

58 So z.B. J. Landmann, "Arbeitsrecht" in: Volkswirtschaft, Arbeitsrecht und Sozialversicherung der Schweiz, 2 Bde., hgg. vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement, Einsiedeln 1925, I, 582; S. Aufhäuser, Gewerkschaftsfreiheit, GR 1936, 383.

59 Ebenso im Resultat Rehbinders, *Ekonomi/Rehbinder*, 16.

Abs. 1 lit. c BV erfasst wird, fragt es sich, ob aus dieser Bestimmung für den AN-Verband das Merkmal der Überbetrieblichkeit gewonnen werden könne.

Obwohl primär Zuständigkeitsnorm, ist die fragliche Bestimmung auch materiell Grundlage für den verfassungsrechtlichen Schutz der arbeitsrechtlichen Verbände. Implizite wird auch der GAV anerkannt⁶⁰. Aus dem *Wortlaut* der Bestimmung ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Annahme des Überbetrieblichkeitsmerkmals. Indem der *Zweck* in der *Förderung des Arbeitsfriedens* besteht, kann damit das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes *sowohl begründet als auch verworfen werden*. Einerseits kann nämlich die Garantie des Arbeitsfriedens von den Verbänden eine *gewisse Mächtigkeit* verlangen, was für ihre organisatorische Überbetrieblichkeit spräche⁶¹. Andererseits kann ebenso im Sinne des Arbeitsfriedens liegen, dass *möglichst viele AN einem GAV unterstehen*. So gesehen sollte der Abschluss eines GAV möglichst erleichtert werden, was jedoch verhindert würde, wenn betrieblich beschränkte AN-Verbände nicht GAV-Partei sein könnten. Eine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Schutzes auf überbetriebliche AN-Verbände wäre daher zweckwidrig. Ist die Zweckbestimmung also mehrdeutig, so ergeben sich dagegen aus gewissen Aussagen von Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c und Art. 34^{ter} Abs. 2 BV klare Anhaltspunkte, die zusammengefasst gewichtet *gegen* ein Überbetrieblichkeitsmerkmal des *verfassungsrechtlichen* AN-Verbandes sprechen.

So wird der GAV in Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV *„anderen gemeinsamen Vorkehren“* gleichgestellt. Hierunter sind *Kollektivverträge*⁶² und *Abmachungen innerhalb korporativistischer Gemeinschaften*⁶³ zu verstehen. Arbeitsrechtliche Verbände sind deshalb nicht nur die GAV-Parteien, sondern insbesondere auch der *Harmonieverband*⁶⁴. Daraus lässt sich die wichtige Folgerung ableiten, dass der aus einer gewissen Klassenkampfadeologie in Art. 9 Abs. 3 GG hineininterpretierte *Grundsatz des sozialen Antagonismus*⁶⁵ für Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV *nicht gelten kann*. Sofern das

60 Die Verbände als solche wurden erst durch diese Bestimmung besonders erfasst, vgl. Botschaft vom 10. September 1937 über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1937 II 833ff., 849f. Zur Anerkennung des GAV vgl. Hug, Kodifikation, 174; Huber, AVE, 342ff. Näheres: Ergänzungsbotschaft vom 3. August 1945 über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1945 I 905ff.; L. Schürmann, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 49 (1948) 33ff., 57ff., 89ff.; derselbe, Sozialordnung und Staatsverfassung, WuR 1955, 3ff.

61 Vgl. o. § 5 II B.

62 Hierunter sind Verträge ohne normative Bestimmungen, in der Form des rein schuldrechtlichen GAV (vgl. o. § 14 II A a) oder formlos, zu verstehen. Vgl. Heither, 85ff.; vgl. auch u. § 14 IV C c Anm. 153; B. Zanetti, Das „Friedensabkommen“ in der schweizerischen Maschinen- und Metallindustrie, Schweizer Rundschau 76 (1977) Heft 6, 1ff.; vgl. auch o. § 13 III C b Anm. 40.

63 Dazu z.B. Nawiasky, Betrieb, 189ff.: Es kommen nicht nur Vereinbarungen zwischen Vertretern beider Seiten des Arbeitsverhältnisses, sondern auch einseitige Beschlüsse von Fachverbänden in Betracht; ebenso H. Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950, 197ff., 202 Anm. 18 mit Verweis auf die Ergänzungsbotschaft, 18, sowie StenBull NR 1945, 438; vgl. auch o. § 13 III C b Anm. 40.

64 Zum Begriff vgl. z.B. Söllner, § 9 I 1, 54.

65 Vgl. o. § 6 II D b und c (Prinzip der sozialen Selbstverwaltung).

Überbetrieblichkeitsmerkmal der Koalition auf einem gewissen sozialen Antagonismus beruht⁶⁶, kann es daher nicht Merkmal des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes sein.

Dass die Überbetrieblichkeit von Verfassungen wegen kein *generelles* Merkmal des AN-Verbandes ist, ergibt sich auch aus der Regelung der AVE in Art. 34^{ter} Abs. 2 BV. Von Bedeutung ist hierbei, dass als wichtigste Voraussetzung der AVE die *Verbandsfreiheit* respektiert werden muss. Mit dem Begriff der Verbandsfreiheit hat der Verfassungsgeber "einen Begriff gewissermassen aus der Luft gegriffen"⁶⁷. Unter Berücksichtigung des historischen Willens einerseits und der weiteren Voraussetzungen der AVE andererseits kann gesagt werden, dass die BV unter der Verbandsfreiheit nicht die öffentlich-rechtliche Koalitionsfreiheit versteht⁶⁸, sondern die *privatrechtliche negative* Koalitionsfreiheit⁶⁹. Es soll die freie Wahl des Individuums, ob es einer Koalition beitreten will oder nicht und welcher Koalition es beitreten will, verfassungsrechtlichen Schutz geniessen. Mit diesem Schutz verbunden ist ein verfassungsrechtliches Verbot von Monopolgewerkschaften⁷⁰. Auch wenn diese Regelung auf einen gewissen verfassungsrechtlichen Schutz der Verbände als solche hinweist, so ist deswegen dennoch keine kollektive Koalitionsfreiheit gegeben, überwiegt doch die individualrechtliche Motivation des Verbots von Monopolgewerkschaften⁷¹. Weil die Verbandsfreiheit vorab die individuelle privatrechtliche Koalitionsfreiheit schützen und damit die GAV-Tätigkeit fördern⁷² will und zudem das Überbetrieblichkeitsmerkmal zur Bildung verpönter Monopolverbände führte⁷³, spricht der Verbandsfreiheit gegen die Annahme eines generellen Überbetrieblichkeitsmerkmals des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes.

Die Überbetrieblichkeit lässt sich nur für den AN-Verband als Partei eines ave-GAV rechtfertigen⁷⁴.

Gegen die Annahme der Überbetrieblichkeit als Merkmal des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes kann schliesslich der Einwand erhoben werden, dass die Anerkennung der *arbeitsrechtlichen Verbände* durch die BV gar nicht besonders *arbeits-*

66 Vgl. o. § 6 III C: Entwicklung des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung aus der Tarifautonomie, welche auf dem sozialen Antagonismus der TV-Parteien beruht.

67 So Huber, AVE, 389.

68 Im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG, vgl. auch o. § 14 III B Anm. 55 und 56.

69 Es wird damit weniger die privatrechtliche individuelle positive Koalitionsfreiheit geschützt als die negative, welche das Recht umfasst, sich einer bestimmten Koalition anzuschliessen und einer andern fernzubleiben bzw. unorganisiert zu sein, vgl. dazu Huber, AVE, 389ff.; derselbe, Koalitionsfreiheit, 9 und 17; ebenso Kägi, 24f. und 52; Tschudi, Koalitionsfreiheit, 365.

70 D.h. dass die Minderheitsgewerkschaften verfassungsrechtlich geschützt sind, welche Idee auch bei der Revision des GAV-Rechts von 1956 von Bedeutung war, vgl. Hug, RdA 1958, 85 mit Verweisen in Anm. 40 und 41. Für diesen Schutz verwendet Hug den Begriff der Gewerkschaftsfreiheit, dazu Hug, Gewerkschaftsfreiheit, Christliche Monatshefte 5 (1958) 97ff.

Zu einem andern Begriff der Gewerkschaftsfreiheit vgl. o. § 14 III B Anm. 58.

71 Denn Basis des Verbots der Monopolgewerkschaften ist die privatrechtliche individuelle negative Koalitionsfreiheit.

72 Vgl. o. § 14 III C a nach Anm. 61.

73 Vgl. o. § 6 III A.

74 Vgl. auch o. § 14 II A d.

rechtlich motiviert war und dementsprechend die Forderung nach Überbetrieblichkeit als sachfremd erscheint⁷⁵. Massgebend bei der Revision der Wirtschaftsartikel war nämlich die Idee der *wirtschaftlichen Selbstverwaltung*, welche die Idee einer sozialen Selbstverwaltung überschattete. Die arbeitsrechtlichen Verbände sind daher weniger arbeitsrechtliche denn *Wirtschaftsverbände*⁷⁶. Der GAV wurde weniger als TV denn als *Gesamtvereinbarung* anerkannt⁷⁷. Mit dem *Überwiegen der Idee der wirtschaftlichen Selbstverwaltung* lässt sich auch erklären, dass die BV nicht den GAV, sondern dessen AVE relativ ausführlich ordnet. Denn die wirtschaftliche Selbstverwaltung funktioniert nur dann vollständig, wenn eine Gesamtvereinbarung notfalls für alle Betroffenen verbindlich ist, was das Instrument der AVE erfordert⁷⁸.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es einen verfassungsrechtlich geschützten AN-Verband gibt. Dieser weist aufgrund der Natur der AVE das Merkmal der Überbetrieblichkeit auf, wenn er Partei eines ave-GAV ist. Im übrigen kann das Überbetrieblchkeitsmerkmal nicht gerechtfertigt werden. Denn dagegen sprechen zum einen die Umstände, dass der Grundsatz eines gewissen sozialen Antagonismus zwischen den arbeitsrechtlichen Verbänden nicht anerkannt ist und dass die Verbandsfreiheit geschützt ist. Zum andern ist zu berücksichtigen, dass die verfassungsrechtliche Regelung weniger die soziale als die wirtschaftliche Selbstverwaltung vor Augen hat, welcher aber das arbeitsrechtliche Postulat der Überbetrieblchkeit fremd ist.

b. Art. 32 Abs. 3 BV

Eine weitere verfassungsrechtliche Stellungnahme zu den arbeitsrechtlichen Verbänden findet sich in Art. 32 Abs. 3 BV. Danach haben die Wirtschaftsverbände das *Recht auf Anhörung und Mitwirkung* beim Vollzug von Ausführungsgesetzen zu den Wirtschaftsartikeln. Da sie im Rahmen der Wirtschaftsartikel durch Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV anerkannt sind, gehören auch die arbeitsrechtlichen Verbände zu diesem Kreis der Mitwirkungsberechtigten. Dies bestätigt, dass sie als Wirtschaftsverbände zu betrachten sind⁷⁹.

75 Das Überbetrieblchkeitsmerkmal entspringt einem Postulat des modernen Arbeitsrechts, vgl. o. § 8 I a.

76 So Hug, Wirtschaftsverbände, 16: "Die *Befugnis zur Selbstgesetzgebung* muss ... den Wirtschaftsverbänden von der staatlichen Rechtsordnung verliehen werden ..."; vgl. auch die Botschaften zur Revision der Wirtschaftsartikel, BBl 1937 II 846, 852 und BBl 1945 I 914.

Zur Idee der wirtschaftlichen Selbstverwaltung bzw. zur staatsrechtlichen Ideologie der AVE vgl. Huber, AVE, 408ff.; vgl. dazu auch W. Burekhardt, Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZBJV 70 (1934), 95ff.;

77 So Huber, AVE, 341, welcher den GAV mit Gesamtwirtschaftsverträgen gleichsetzt.

78 Die AVE ist gemäss Art. 34^{septies} BV auch noch für Rahmenmietverträge möglich; vgl. auch H. Hausheer, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95 (1976) II 228ff. Ursprünglich sah die Vorlage für die Revision der Wirtschaftsartikel die Zulässigkeit von Gesamtvereinbarungen und deren AVE *allgemein* vor. Schliesslich wurden aber nur der GAV und dessen AVE verfassungsrechtlich verankert. Vgl. auch die Botschaften (N. 76).

79 Vgl. o. § 14 III C a bei Anm. 76.

Allerdings präzisiert Art. 32 Abs. 3 BV den Begriff des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes hinsichtlich der Frage der Überbetrieblichkeit nicht. Unter den "zuständigen Organisationen der Wirtschaft" werden vielmehr nur *Spitzenverbände* verstanden⁸⁰. Diese sind, wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, *Verbände von Verbänden* und schon aus diesem Grunde überbetrieblich organisiert. Die Überbetrieblichkeit als Merkmal des Spitzenverbandes folgt aber auch aus der im Vergleich mit dem verfassungsrechtlichen AN-Verband *gesteigerten Ordnungsfunktion* des Spitzenverbandes als "zuständige" und damit repräsentative Organisation⁸¹. Indem nun Art. 32 Abs. 3 BV den Spitzenverband vor Augen hat, sagt er nichts aus über den verfassungsrechtlichen AN-Verband, weshalb für diesen das Überbetrieblichkeitsmerkmal nicht aus der Regelung von Art. 32 Abs. 3 BV abgeleitet werden kann.

c. Art. 31^{bis} Abs. 1 BV

Da das Überbetrieblichkeitsmerkmal des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes nicht generell aus einer der erwähnten Bestimmungen der Wirtschaftsartikel gewonnen werden kann, fragt es sich, ob es sich mit Hilfe von Art. 31^{bis} Abs. 1 BV, dem sog. *Wohlfahrtsartikel*, rechtfertigen liesse. Umstritten ist, ob der Wohlfahrtsartikel nur programmatische Bedeutung habe⁸² oder ob er einen materiellen Gehalt als Auslegungshilfe aufweise⁸³. Die Beantwortung dieser Streitfrage ist jedoch für die Frage nach der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes unwichtig. Denn selbst wenn der Wohlfahrtsartikel einen materiellen Gehalt hätte, könnte damit das bisher aus den Wirtschaftsartikeln für die Überbetrieblichkeitsproblematik Gefolgerte nur bestätigt, nicht aber ins Gegenteil gekehrt werden. Unbestritten ist nämlich, dass der Wohlfahrtsartikel keinen selbständigen Charakter hat⁸⁴, weshalb er nicht einen Eingriff in die HGF zu rechtfertigen vermag, der nicht schon durch die Wirtschaftsartikel ausdrücklich vorgesehen wäre. Trotz der Revision der Wirtschaftsartikel steht der Grundsatz der HGF nach wie vor an der Spitze der Wirtschaftsartikel⁸⁵, und Ausnah-

80 So Naegeli, *Verbände*, 218 Anm. 2. Als AN-Spitzenverbände kommen vorab in Frage SGB, CNG, SVEA, LFSA, VSA und Föderativverband, vgl. o. § 13 III C b Anm. 37.

81 Der Spitzenverband erscheint als Partei der sozialen Selbstverwaltung auf der dritten Stufe, vgl. o. § 9 V b Anm. 32, und zwar mit eigentlicher Repräsentativfunktion, vgl. o. § 6 III A bei Anm. 75.

82 So die h.M.: Allgemeine Richtlinie und keine Kompetenznorm, dazu z.B. H. Nef, SJK Nr. 620, Art. "Handels- und Gewerbefreiheit", 2ff.; L. Schürmann, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZBl 49 (1948) 33ff., 39, spricht von einem deklamatorischen Charakter.

83 Dazu z.B. Huber, Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, WuR 1958, 1ff., 6.

84 Es ist nämlich allgemein anerkannt, dass diese Bestimmung dem Bund keine zusätzlichen Kompetenzen gibt, so H. Nef (N. 82).

85 Zum verfassungsrechtlichen System der "Wirtschaftsverfassung der HGF" vgl. Gygi, 15ff., insbes. 17; ebenso W.R. Schluep, Wirtschaftsordnung und Sozialverfassung (Totalrevision der Bundesverfassung), ZSR 97 (1978) I 335ff., 357. Daher sind AVE und GAV, da sie einen Eingriff in die HGF und die Vertragsfreiheit darstellen, ausdrücklich verfassungsrechtlich statuiert worden, wobei es sich um einen sozialpolitisch motivierten Eingriff handelt, vgl. H. Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976, 165; L. Schürmann, Sozialordnung und Staatsverfassung, WuR 1955, 3ff., 9.

men von diesem Grundsatz müssen daher ausdrücklich vorgesehen sein. Der Wohlfahrtsartikel bildet eine Einheit mit den Wirtschaftsartikeln, in deren Geltungsreich er als Auslegungshilfe dienlich sein mag.

Klar ist damit, dass der Wohlfahrtsartikel nicht die *rechtsgestaltende Kraft der Sozialstaatsklausel* des GG aufweisen kann⁸⁶. Auch wenn daher im schweizerischen Recht eine öffentlich-rechtliche individuelle Koalitionsfreiheit existierte, könnte daraus nicht eine kollektive Koalitionsfreiheit abgeleitet werden, welche durch das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt wäre⁸⁷. Mithin lässt sich mit Hilfe des Wohlfahrtsartikels die Überbetrieblichkeit weder als Merkmal des verfassungsrechtlichen AN-Verbandes noch als Merkmal des AN-Verbandes als GAV-Partei rechtfertigen. Der Wohlfahrtsartikel *vermag nur die sozial-privatrechtliche Ausgestaltung des GAV zu stützen*, nicht jedoch eine kollektivistisch-öffentlich-rechtliche Grundtendenzen des GAV zu begründen, für die im übrigen Recht keine Anhaltspunkte gegeben sind⁸⁸.

D. Supranationales Recht

Aussagen über die positiv-rechtliche Erfassung des AN-Verbandes finden sich nicht nur im schweizerischen Recht, sondern auch im supranationalen Recht⁸⁹.

a. Art. 11 Abs. 1 EMRK

Nach Art. 11 Abs. 1 EMRK, welcher *unmittelbar geltendes Recht* enthält⁹⁰, wird das Recht aller Menschen, "zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten", in die Versammlungs- und Vereinsfreiheit miteinbezogen⁹¹. Erst mit dieser Bestimmung wird der *Rechtsbegriff der Gewerkschaft* ins positive Recht der Schweiz eingeführt. Die Bedeutung dieses Begriffes entspricht allerdings nicht derjenigen, welche dem deutschrechtlichen Begriff der Gewerkschaft eigen ist⁹². Denn wie bei Art. 56 BV handelt es sich bei dieser Bestimmung um die Gewährleistung eines

86 Vgl. o. § 6 II D c, insbes. Anm. 38. Daher kann Gygi, 170ff., welcher in Art. 34^{ter} BV nicht eine Ausnahme von der HGF, sondern die Garantie einer eigenständigen Arbeitsverfassung sieht, nicht zugestimmt werden. Zur Arbeitsverfassung gehören eine öffentlich-rechtliche individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit in einem Grade, welcher zumindest die Tarifautonomie auf der ersten Stufe der sozialen Selbstverwaltung (TV-System, vgl. u. § 14 IV B) umfasst, wozu genügende positiv-rechtliche Hinweise im schweizerischen Recht gerade fehlen, vgl. u. § 14 V.

87 Vgl. o. § 6 III.

88 Vgl. o. § 14 II B b.

89 Der Begriff des supranationalen Rechts wird hier als Gegensatz zum Begriff des Landesrechts verwendet.

90 So J.P. Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 94 (1975) I 382ff.; vgl. auch AS 1974, 2151ff.

91 Insofern wird keine besondere Vereinigungsfreiheit oder Koalitionsfreiheit beispielsweise ähnlich Art. 9 Abs. 3 GG – Wortlaut vgl. o. § 6 I nach Anm. 4 – festgelegt.

92 Gemeint ist hier die Gewerkschaft als AN-Koalition i.e.S., vgl. o. § 6 III C.

subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechts ohne Drittwirkung, das zudem *nur eine individuelle* und keine kollektive Komponente aufweist⁹³. Ursprünglich galt die Vereinsfreiheit für die Koalitionen in den meisten Ländern nicht⁹⁴. Die EMRK erwähnt die Gewerkschaften deshalb ausdrücklich, um zu betonen, dass die Versammlungs- und Vereinsfreiheit in vollem Umfange, also auch für die AN-Koalitionen, geschützt ist⁹⁵.

Gegenüber der innerstaatlichen Rechtslage bringt die Regelung von Art. 11 Abs. 1 EMRK somit keine materielle Veränderung⁹⁶.

b. Übereinkommen Nr. 87 ILO

Als weitere supranationale Rechtsquelle zur Bestimmung des Koalitionsbegriffes ist das Übereinkommen Nr. 87 der ILO zu erwähnen, welches von der Schweiz ratifiziert worden ist⁹⁷.

Dieses Übereinkommen gewährleistet die *Vereinigungsfreiheit* sowohl in der *individuellen* als auch in der *kollektiven* Form, da die Organisationen als solche ausdrücklich geschützt werden⁹⁸. Die Annahme, der hier verwendete *Begriff der Organisation* weise das Merkmal der Überbetrieblichkeit auf, verbietet sich allerdings auch hier, und zwar aus folgenden beiden Gründen:

Zum einen ist der Begriff *weit gefasst*, ist doch "jede Organisation von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern (geschützt), welche die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber zum Ziele hat"⁹⁹.

Zum andern kann aus Art. 7 des Übereinkommens, welcher den Erwerb der Rechtspersönlichkeit von möglichst wenig einschränkenden Bedingungen abhängig

93 Die Vereinigungsfreiheit von Art. 11 EMRK wird trotz des verschiedenen Wortlauts mit derjenigen des GG gleichgesetzt, wobei aber die individualrechtliche Verankerung betont wird. Insbesondere die kollektive Koalitionsfreiheit wird nur in dem Umfange geschützt, in welchem es zur Garantie der individuellen Koalitionsfreiheit als notwendig erscheint, vgl. dazu z.B. H. Schorn, Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschen- und Grundfreiheiten, Text und Kommentar, Frankfurt am Main 1965, Art. 11 N. 1 und N. 11; H. Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Berlin und Frankfurt am Main 1968, Art. 11 N. 14 und N. 16; vgl. auch Reh binder, *Ökonomi/Reh binder*, 17. Diese Interpretation der Vereinigungsfreiheit entspricht auch der Zielsetzung der EMRK am besten, welche die klassischen Freiheitsrechte schützen will, wogegen die Vereinigungsfreiheit als Sozialrecht – v.a. mit Drittwirkung – bei den Sozialrechten der ESC einzuordnen ist, vgl. Art. 5 ESC.

94 Dazu Ramm, HDSW Art. "Koalitionsrecht".

95 Für das schweizerische Recht war dies auf Bundesebene aufgrund von Art. 56 BV von Anfang an der Fall i.G. zu kantonalechtlichen Koalitionsverboten.

96 Vgl. o. § 14 III B, § 14 III C a nach Anm. 78 und § 14 III C c Anm. 86–88; vgl. auch die Botschaft zur EMRK vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 II 1057ff.

97 Sog. Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts, AS 1976, 689 resp. RO 1976, 689 (Originaltext), mit Botschaft im BBl 1974 I 1647ff.; vgl. dazu auch J.P. Müller, *Handbuch*, 357ff.; derselbe, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, ZSR 92 (1973) II 952ff.

98 Unter dem allgemeinen Vorbehalt der Widerrechtlichkeit und der Staatsgefährlichkeit. Damit ist ein Ansatz zu einer selbständigen kollektiven Koalitionsfreiheit erkennbar, vgl. auch BBl 1974 I 1652f.

99 Art. 10; AS 1976, 691.

machen will, geradezu auf ein Verbot der Statuierung eines Überbetrieblichkeitsmerkmals geschlossen werden, da dieses Merkmal zu einer erheblichen Einschränkung des Kreises der geschützten Organisationen führen würde¹⁰⁰.

Die ganze Art der Regelung deutet darauf hin, dass vorab die Freiheit der Organisation geschützt und nicht die Art der Organisation geregelt werden will.

Auch das Übereinkommen Nr. 87 der ILO beeinflusst somit den verfassungsrechtlichen Begriff des AN-Verbandes nicht in der Weise, dass das Merkmal der Überbetrieblichkeit gefolgert werden könnte.

c. Art. 6 Nr. 4 ESC

In Teil II Art. 5 der ESC wird die Vereinigungsfreiheit ausdrücklich gewährleistet, allerdings nur in der individuellen Form. Die Garantie der *kollektiven* Koalitionsfreiheit könnte jedoch indirekt aus der *eigenständigen Garantie des Streikrechts* durch Art. 6 Nr. 4 ESC abgeleitet werden¹⁰¹. Denn mit dem Streikrecht ist die Anerkennung der *AN-Koalition als Ordnungsmacht* verbunden, wodurch die kollektive Koalitionsfreiheit vom Prinzip der sozialen Selbstverwaltung geprägt wäre¹⁰². Deshalb hätte die AN-Koalition das Merkmal der Überbetrieblichkeit aufzuweisen¹⁰³.

Der Koalitionsbegriff der ESC gilt jedoch für die Schweiz nicht, da die ESC zwar unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert worden ist¹⁰⁴. Die Ratifizierung der ESC hätte für den verfassungsrechtlichen Begriff des AN-Verbandes zur Folge, dass das Merkmal der Überbetrieblichkeit gerechtfertigt werden könnte. Ob das Merkmal dann aber tatsächlich innerstaatlich gälte, hätte der einfache Gesetzgeber im positivrechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung durch eine entsprechende Bestimmung zu entscheiden¹⁰⁵.

E. Ergebnisse

Die öffentlich-rechtliche Koalitionsfreiheit mit ihrem spezifischen Inhalt¹⁰⁶ ist im schweizerischen Verfassungsrecht nicht geschützt.

100 Vgl. o. § 6 III A; vgl. auch W. Däubler, Voraussetzungen der Gewerkschaftseigenschaft, *ArbuR* 1977, 281ff., 287: Die "ratifizierten ILO-Übereinkommen ... sprechen nur von 'Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer', erwähnen jedoch an keiner Stelle ein selbständiges Erfordernis der Überbetrieblichkeit ..."

101 Dazu Sollner, § 12 I 2, 78; J.P. Müller, *Handbuch*, 389ff.; M. Hohn, Streikrecht und Aussperrungsrecht im Rahmen der schweizerischen Arbeitsverfassung und im internationalen Konventionsrecht, insbesondere der Europäischen Sozialcharta, Diss. Bern 1978, 142ff.

102 Die Tarifautonomie wäre auf der ersten Stufe in Richtung sozialer Selbstverwaltung ausgedehnt, vgl. o. § 9 V b Anm. 30; Näheres zum Streikrecht vgl. o. § 6 III D Anm. 104–108.

103 Und zwar wegen der Ordnungsfunktion, vgl. o. § 9 V b.

104 Die Unterzeichnung der ESC durch die Schweiz datiert vom 28. April 1976, Hohn (N. 101), S. 80.

105 Vgl. o. § 6 III D.

106 Entsprechend Art. 9 Abs. 3 GG; vgl. auch o. § 14 III B Anm. 53 und § 14 III C a Anm. 68; Lotmar, *Arbeitsvertrag*, 767.

Durch Art. 56 (Vereinsfreiheit) wird der AN-Verband wie ein jeder Verein geschützt. Besonders erfasst wird der AN-Verband von den Wirtschaftsartikeln. Dabei ist er allerdings weniger als arbeitsrechtlicher Verband denn als Wirtschaftsverband im Rahmen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung zu sehen. Daher sagt Art. 34¹⁰⁷ Abs. 1 lit. c bzw. Abs. 2 BV auch nichts direkt über den AN-Verband im allgemeinen aus, sondern nur über den AN-Verband, welcher im Sinne eines Wirtschaftsverbandes Partei eines ave-GAV sein kann. Hierbei ergibt sich aus der Natur der AVE und der Ordnungsfunktion dieser Art von AN-Verband sein Merkmal der Überbetrieblichkeit¹⁰⁷.

Indirekt lässt sich für den AN-Verband im allgemeinen aus den Wirtschaftsartikeln folgern, dass das Überbetrieblichkeitsmerkmal nicht gerechtfertigt werden kann. Die Gründe dafür liegen darin, dass die BV das Prinzip des sozialen Antagonismus nicht kennt¹⁰⁸, die Verbandsfreiheit ausdrücklich schützt¹⁰⁹ und dem Wohlfahrtsartikel keine eigenständige Bedeutung mit einer entsprechenden rechtsschöpferischen Kraft zumisst¹¹⁰.

Dagegen kann das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit, wie es sich auch aus dem GAV ergibt¹¹¹, als verfassungsrechtlich geschützt angesehen werden.

Da das schweizerische Verfassungsrecht die kollektive Koalitionsfreiheit in ihrer spezifischen Ausgestaltung als soziales Grundrecht nicht kennt, fehlt auch ein verfassungsrechtlicher Schutz der Tarifaufonomie¹¹². Die Koalitionsfreiheit im üblichen Sinne wird jedoch infolge zweier supranationaler Bestimmungen zum Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Dennoch wird dadurch das Merkmal der Überbetrieblichkeit nicht dem Begriff des AN-Verbandes beigelegt, da es weder ein Merkmal der Gewerkschaft (EMRK) noch ein solches der Organisation (ILO) ist¹¹³. Die kollektive Koalitionsfreiheit wird durch dieses supranationale Recht auch nicht als Ausdruck der sozialen Selbstverwaltung gewährleistet¹¹⁴. Einzig im Falle der Ratifikation der ESC ergäbe sich aus der Verbindung der darin garantierten Koalitionsfreiheit mit dem Streikrecht ein Schutz des *Prinzips der sozialen Selbstverwaltung*¹¹⁵, woraus die Überbetrieblichkeit als ein Merkmal der AN-Koalition resultierte. Dies bedeutete dann, dass das Überbetrieblichkeitsmerkmal verfassungsmässigen Schutz genösse, wenn es auf Gesetzesstufe als Merkmal des AN-Verbandes bzw. der AN-Koalition im positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung eingeführt würde¹¹⁶.

107 Vgl. o. § 5 IV B d und e, § 14 II A d und § 14 III C a bei Anm. 75-78.

108 Vgl. o. § 14 III C a bei Anm. 62-66.

109 Vgl. o. § 14 III C a bei Anm. 67-73.

110 Vgl. o. § 14 III C c.

111 Vgl. o. § 14 II C und § 14 III C c bei Anm. 88.

112 Vgl. o. § 14 II B b Anm. 40, § 14 III C c Anm. 85 und 86; vgl. auch o. § 6 III C. Vgl. auch Hug bei Duvernell, 183.

113 Vgl. o. § 14 III D.

114 Sie gewährleistet nur die Tarifaufonomie im eigentlichen Sinne, d.h. die Tariftätigkeit der Koalitionen als TV-Parteien. Das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung ist erst dann Bestandteil der kollektiven Koalitionsfreiheit, wenn die Tarifaufonomie in Richtung einer sozialen Selbstverwaltung ausgedehnt wird, was mit der Garantie eines TV-Systems beginnt, vgl. o. § 6 III C und § 9 V b.

115 Vgl. o. § 14 III D c Anm. 102.

116 Vgl. o. § 6 III D.

IV. AN-Verband und das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung

A. Allgemeines

Auch wenn im schweizerischen Recht die kollektive Koalitionsfreiheit nicht in einem solchen Grade gewährleistet ist, dass das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung gefolgert werden kann¹¹⁷, so sind doch *Ansätze* eines positiv-rechtlichen Systems der sozialen Selbstverwaltung vorhanden. Es gibt Regeln über den Arbeitskampf und das Schlichtungsrecht, über die Möglichkeit, Fragen der Betriebsverfassung durch Vereinbarung zu regeln sowie über die Mitwirkung von AN-Koalitionen im öffentlichen Arbeitsrecht.

Es ist nun zu prüfen, inwiefern aus dem System dieser Regeln Folgerungen zur Beantwortung der Frage nach der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes als GAV-Partei abgeleitet werden können.

Wie im Allgemeinen Teil gesehen, fällt nämlich die Entscheidung über das Überbetrieblichkeitsmerkmal letztlich nicht auf der Stufe der Verfassung, sondern auf derjenigen der Gesetze: Der Verfassungsgeber kann nur gewährleisten, was der einfache Gesetzgeber normiert hat¹¹⁸.

B. Das TV-System

a. Allgemeines

Von einem TV-System kann dann gesprochen werden, wenn das TV-Recht durch ein Arbeitskampf- und ein Schlichtungsrecht ergänzt wird. In diesem Fall ist die Tarifaufonomie über die reine Tariftätigkeit der Koalitionen hinaus geschützt, und es besteht eine kollektive Koalitionsfreiheit im zweiten Grade¹¹⁹. Die Koalitionen, welche TV-Parteien sind¹²⁰, sind zugleich auch die massgebenden Kollektive im Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht. Im TV-Recht, dem Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht besteht ein einheitlicher Begriff der AN-Koalition, welche AN-Partei im TV-System ist. Ergibt sich also das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes nicht generell aus dem GAV¹²¹, so kann es dann für den AN-Verband als Partei des TV-Systems gewonnen werden, wenn es für das AN-Kollektiv des Arbeitskampfes oder des Schlichtungsverfahrens gilt¹²².

117 Vgl. o. § 9 V b Anm. 25 und 26.

118 Vgl. o. § 6 III D insbes. Anm. 97.

119 D.h. die Tarifaufonomie ist auf der ersten Stufe in Richtung sozialer Selbstverwaltung ausgedehnt, vgl. auch o. § 14 III D c Anm. 102 und § 14 III E Anm. 115.

120 Nämlich die tariffähigen Koalitionen, vgl. o. § 6 III C.

121 Vgl. o. § 14 II C.

122 Vgl. o. § 6 IV D.

b. Arbeitskampfrecht

Der Arbeitskampf genießt *keinen besonderen Schutz* durch die BV¹²³. Er ist jedoch nach den Regeln des ZGB als Mittel des Wirtschaftskampfes nicht verboten¹²⁴. Über die Anforderungen an die Arbeitskampfpartei trifft das ZGB allerdings keine Aussagen.

Wichtig ist sodann, dass das schweizerische Recht zwar die Streikfreiheit, nicht aber das Streikrecht anerkennt¹²⁵. Damit hat der Streik im schweizerischen Arbeitskampfrecht keine Suspensivfunktion¹²⁶. Demzufolge muss der Streik auch nicht besonders organisiert werden, um als legal zu gelten¹²⁷. Wilde Streiks sind zulässig¹²⁸. Bei dieser Rechtslage hat das streikfähige AN-Kollektiv keine Ordnungsfunktion, woraus sich das Merkmal der Überbetrieblichkeit ergäbe¹²⁹. Der AN-Verband ist zudem nicht das *einzig* mögliche AN-Kollektiv im Arbeitskampfrecht, sondern arbeitskampffähig ist auch die ad-hoc-Koalition¹³⁰. Aus dem Arbeitskampfrecht kann somit das Merkmal der Überbetrieblichkeit für den AN-Verband nicht gefolgert werden.

123 Dazu Kägi, 91. Anders der Entwurf für eine Totalrevision der BV. Hier wird "die 'Förderung des Arbeitsfriedens' ... nicht mehr ausdrücklich erwähnt, weil angeblich das Wort 'Arbeitsfrieden' zu einem Reizwort geworden ist! Dafür wird deutlich gesagt, dass die Zwangsschlichtung ausgeschlossen ist, und das Recht zu 'kollektiven Kampfmassnahmen', Streik und Aussperrung, wird ausdrücklich verankert!", so O.K. Kaufmann, Die Sozialordnung, Eigentumsordnung und Wirtschaftsordnung des Verfassungsentwurfs, ZSR 97 (1978) I 285ff., 302.

Zur supranationalrechtlichen Verankerung des Streikrechts durch Art. 6 Nr. 4 ESC vgl. o. § 14 III D c.

124 Die rechtliche Beurteilung der Arbeitskämpfe erfolgt wie diejenige der Wirtschaftskämpfe grundsätzlich nach Art. 28 ZGB und Art. 41 OR, dazu z.B. Schluemp, 186f.; Gysin, SJK Nr. 888, Art. "Arbeitskämpfe"; E. Zweifel, Der wilde Streik, Diss. Zürich 1977, 62, 90f. Vgl. auch Art. 1 des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, AS 1964, 53ff., SR 251.

Dass der Arbeitskampf zivilrechtlich erlaubt ist, folgt auch aus der Statuierung der Friedenspflicht in Art. 357a Abs. 2 OR; vgl. auch o. § 5 II B Anm. 16 zur Friedenspflicht.

125 Dies ergibt sich insbes. daraus, dass mangels Ratifikation Art. 6 Nr. 4 ESC (noch) nicht gilt, vgl. o. § 6 III D in Anm. 105. Vgl. auch o. § 6 III D und § 14 III D c.

Aus der verfassungsrechtlich geschützten Streikfreiheit (persönliche Freiheit, Handlungsfreiheit) kann m.E. ein Streikrecht nicht abgeleitet werden. Denn infolge der Suspensivwirkung (vgl. o. § 6 III D Anm. 106) hat das Streikrecht Drittwirkung und ist insofern ein Sozialrecht. Demgegenüber ist die Streikfreiheit ein persönliches, gegen den Staat gerichtetes Freiheitsrecht. Ebenso im Resultat Kägi, 91ff. mit Verweisen; a.M. Rehbindler, 194ff.

126 Vgl. o. § 6 III D Anm. 106; Heither, 81ff.; Söllner, § 12 I 1 und 2, 76ff.

127 Vgl. o. § 6 III D bei Anm. 107–108.

128 Jedenfalls besteht ein ausdrückliches gesetzliches Verbot nicht, vgl. Zweifel (N. 124), S. 125.

129 Vgl. o. § 6 III D Anm. 108.

130 Eine knappe Mehrheit der Autoren spricht sich zwar unter Annahme einer streikrechtlichen Privilegierung der tariffähigen AN-Koalition für die Arbeitskampfunfähigkeit aus, vgl. die Zusammenstellung bei Zweifel (N. 124), S. 45 Anm. 47. Eine positiv-rechtlich ausreichende Stütze dieser Ansicht ist m.E. jedoch nicht ersichtlich, zieht man die deutsch-rechtliche Situation zum Vergleich heran. Dort wird der gewerkschaftliche Streik privile-

c. Schlichtungsrecht

Im Gegensatz zum Arbeitskampfrecht ist das Schlichtungsrecht besonders geregelt¹³¹. Die Bestimmungen über die Schlichtung gehen auf das FG zurück¹³². Massgebend ist heute noch Art. 30 Abs. 1 und 2 FG, wonach "behufs Vermittlung von Kollektivstreitigkeiten zwischen Fabrikinhabern und Arbeitern... von den Kantonen ständige Einigungsstellen" zu errichten sind, deren Organisation der Genehmigung des Bundesrates unterliegt¹³³.

Die Bestimmung, wer Partei eines Schlichtungsverfahrens sein kann, fällt somit in die *kantonale Kompetenz*. Der Bund befasst sich nur mit interkantonalen Kollektivstreitigkeiten¹³⁴.

Da die Schlichtungsfähigkeit kantonal zu regeln ist, erstaunt es nicht, dass sie je nach Kanton verschieden umschrieben wird¹³⁵. Nach § 7 des zürcherischen Gesetzes über das kantonale Einigungsamt beispielsweise kann ein "erheblicher Teil der Arbeitnehmer eines Betriebes", eine "Betriebsabteilung" oder eine "Berufsgruppe" Partei in einem Schlichtungsverfahren sein¹³⁶. Die Überbetrieblichkeit ist mithin kein Merkmal des schlichtungsfähigen AN-Kollektivs. Diese Regelung zeigt vielmehr, dass wohl zwecks Förderung des Arbeitsfriedens¹³⁷ allen möglichen AN-Kollektiven und nicht nur überbetrieblich organisierten Schlichtungsfähigkeit zugestanden wird.

giert, weil ein Streikrecht besteht und die tariffähige AN-Koalition damit Ordnungsfunktion hat, vgl. o. § 6 III D Anm. 105–108. Eine vergleichbare positiv-rechtliche Ausgestaltung des schweizerischen Rechts ist gerade nicht vorhanden.

Gegen eine Privilegierung der tariffähigen AN-Koalition spricht auch der Umstand, dass der wilde Streik nicht verboten ist. Ist der wilde Streik nicht verboten, so muss die unorganisierte AN-Koalition (ad-hoc-Koalition bzw. *groupement de fait*) arbeitskampffähig sein, da nicht in der gleichen Sache einmal ein gewisses Organisationserfordernis verlangt (Arbeitskampffähigkeit), das andere Mal aber darauf verzichtet (wilder Streik) werden kann. Schliesslich spricht auch die Regelung der Schlichtungsfähigkeit – vgl. u. § 14 IV B c – gegen die Annahme, nur die tariffähige AN-Koalition sei arbeitskampffähig. Ein Streik muss zudem nicht durch einen GAV, sondern er kann auch durch EAV beendet werden, so dass auch deswegen eine Privilegierung der tariffähigen AN-Koalition nicht erforderlich ist.

131 Dazu z.B. H.P. Tschudi, Die Sicherung des Arbeitsfriedens durch das Schweizerische Recht, in: Festgabe E. Ruck, Basel 1952, 105ff., 115ff.

132 Dazu z.B. E. Eichholzer, Kommentar zu den Bundesvorschriften über die Arbeit in den Fabriken, Zürich 1937, 54ff., wobei die erste Fassung des FG vom 18. Juni 1914 datiert.

133 Nach Art. 72 Abs. 2 lit. b ArG bleiben die Vorschriften des FG über das Einigungswesen (Art. 30, 31 und 33–35 FG) in Geltung.

134 Vgl. dazu das BG über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten vom 12. Februar 1949, AS 1949, 1298ff.

135 Dazu z.B. G. Maranta, Der Begriff der Kollektivstreitigkeit. Eine Würdigung der eidgenössischen und kantonalen Vorschriften über das Einigungswesen, Diss. Freiburg i.Ue. 1960, 62ff.

136 Das Gesetz datiert vom 16. Mai 1943, vgl. Zürcher Gesetzessammlung (ZG) 3, 3ff. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme eines Kantons zur Revision des Dienstvertragsrechts, welcher betont, dass das *groupement de fait* von ihm als schlichtungsfähig anerkannt werde, vgl. Botschaft 1967, 419f.

137 Entsprechend dem verfassungsrechtlichen Auftrag in Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c BV, vgl. o. § 14 III C a vor Anm. 61.

d. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich aus der Regelung des Arbeitskampfes und der Schlichtung im schweizerischen Recht im Hinblick auf den Begriff des AN-Verbandes, dass das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes nicht aus dem positiv-rechtlichen TV-System gewonnen werden kann.

Der Arbeitskampf wird nur durch das ZGB geregelt, welcher Regelung eine *besondere arbeitsrechtliche Motivation* fehlt. Das Schlichtungsrecht ist *kantonal unterschiedlich* geregelt und erfasst die verschiedensten Arten von AN-Kollektiven im Sinne einer Förderung des Arbeitsfriedens. Zusammen mit der Tatsache, dass das schweizerische Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht nicht ein *einziges* massgebendes AN-Kollektiv kennt, sondern verschiedenen AN-Kollektiven Bedeutung zumisst¹³⁸, lässt die erwähnte Regelung von Arbeitskampf und Schlichtung den Schluss zu, dass *gar kein materielles TV-System vorliegt*. Es fehlt denn auch an einem erkennbaren *einheitlichen Ordnungsprinzip*, wie es z.B. das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung¹³⁹ darstellt.

Das positiv-rechtliche "TV-System" entspricht somit der oben dargestellten *verfassungsrechtlichen Situation*, welche eine kollektive Koalitionsfreiheit mit entsprechender Tarifaufonomie nicht kennt¹⁴⁰. Auch der supranationale Einfluss führt nicht zur Garantie einer *Tarifaufonomie*, welche ein TV-System gewährleisten¹⁴¹.

Insofern gilt für den GAV auch die *Delegationstheorie* nicht¹⁴².

Schliesslich unterstützt die positiv-rechtliche Ausgestaltung von Arbeitskampf und Schlichtung die Deutung des GAV als eines sozial-privatrechtlichen Vertrages¹⁴³.

Ist ein eigentliches TV-System und damit die erste Stufe des positiv-rechtlichen Systems der sozialen Selbstverwaltung nicht gegeben, so kann auch die zweite Stufe des Systems, welche durch das Betriebsverfassungsrecht gekennzeichnet wird¹⁴⁴, nicht gegeben sein. Gleichwohl ist im folgenden nach positiv-rechtlichen Aussagen im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts zu suchen, da solche auch in unsystematischer Weise getroffen werden können¹⁴⁵.

C. Ansätze eines Betriebsverfassungsrechts

a. Allgemeines

Das System der sozialen Selbstverwaltung ist in einem höheren Grade entwickelt, wenn es ein Betriebsverfassungsrecht kennt¹⁴⁶. Das TV-System wird dann durch das

138 Und damit kein einheitlicher Begriff des massgebenden AN-Kollektivs im TV-System vorliegt, vgl. o. § 6 III D, insbes. Anm. 98 und 99.

139 Vgl. o. § 6 III C und § 9 V b.

140 Vgl. o. § 14 III E Anm. 112.

141 Vgl. o. § 14 III E Anm. 114.

142 Vgl. o. § 14 II B b Anm. 40.

143 Vgl. o. § 14 II B b und § 14 III C c.

144 Es geht hier zugleich um die zweite Stufe der Ausdehnung der Tarifaufonomie in Richtung einer sozialen Selbstverwaltung, vgl. o. § 9 V b Anm. 31.

145 Wie dies z.B. auch der TV als positiv-rechtlicher Begriff belegt, vgl. o. § 5 II A.

146 Gemeint ist hier ein Betriebsverfassungsrecht unter Beteiligung der Arbeitnehmerschaft.

Betriebsverfassungsrecht ergänzt. Der im System der sozialen Selbstverwaltung einheitliche Begriff der Partei der sozialen Selbstverwaltung auf AN-Seite lässt sich sodann auch durch das Betriebsverfassungsrecht konkretisieren. Massgebend ist dabei das Prinzip des Dualismus von BetrV und TV, von Betrieb und Beruf¹⁴⁷.

b. Fehlen eines Dualismusprinzips

Zwar ist die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Schaffung eines Betriebsverfassungsrechtes vorhanden, doch existiert ein dem deutschen Recht entsprechendes Gesetz nicht¹⁴⁸. Daher haben die Betriebe nach schweizerischem Recht keine Betriebsverfassung, an welcher die *Belegschaft als gesetzliches Organ* beteiligt ist. Die notwendigen betrieblichen Anordnungen werden in der Regel vom AG *einseitig* durch die BO festgelegt¹⁴⁹.

Erst seit der Ablösung des FG durch das ArG besteht die *Möglichkeit*, die BO mit einer AN-Vertretung zu *vereinbaren*¹⁵⁰. Nach schweizerischem Recht liegt es daher in der Hand der Beteiligten zu entscheiden, ob sie eine Betriebsverfassung vereinbaren wollen oder nicht. Da die vBO kein notwendiges, sondern nur ein mögliches Gestaltungsmittel ist, fehlt es an einem *echten* Dualismus zwischen BetrV und TV. Dennoch kann untersucht werden, ob aus den vorhandenen Bestimmungen das Merkmal der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes abgeleitet werden könne.

c. Verhältnis von AN-Verband und AN-Vertretung

Ein möglicher Ansatzpunkt zur Konkretisierung des Begriffes des AN-Verbandes ist das Verhältnis des AN-Verbandes zu AN-Vertretung.

Die AN-Vertretung ist Partei der vBO auf AN-Seite. Nach Art. 37 Abs. 4 ArG muss die AN-Vertretung frei gewählt sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Wahl aufgrund einer durch GAV oder andere kollektive Vereinbarung geregelte Wahlordnung erfolgt¹⁵¹. Die AN-Vertretung ist daher insofern vom AN-Verband abhängig, als

147 Vgl. o. § 7 II.

148 Es existiert in Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. b BV nur die verfassungsrechtliche Basis dazu. Näheres bei Heither, 143; Hug, Kodifikation, 173; Naegeli, Das Schweizerische Arbeitsrecht, RdA 1950, 171ff., 176f.

149 Den AG trifft eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Erlass einer BO, die er auch mit der AN-Vertretung vereinbaren kann, vgl. z.B. R. Canner R. Schoop, Arbeitsgesetz, 2.A. Zürich 1976, Art. 38 Anm. 4.

Unter der Herrschaft des Art. 15 FG war gemäss Art. 101 Abs. 1 der Verordnung über den Vollzug des FG vom 3. Oktober 1919, BS 8, 26ff., eine Vereinbarung der FO unmöglich. Die tatsächlich vorkommenden Vereinbarungen wurden als rechtlich unverbindlich erachtet, konnte man sie nicht als GAV betrachten, vgl. Welti, 50 und 108ff.; vgl. auch o. § 13 III B c.

150 Art. 37 und Art. 38 ArG enthalten den Ansatz eines (fakultativen) Betriebsverfassungsrechts, vgl. Hug, ArG, Art. 37 und 38 N. 1ff. sowie die o. in Anm. 148 erwähnten Autoren.

151 Vgl. Art. 73 Abs. 1 der Allgemeinen Verordnung zum ArG vom 14. Januar 1966, AS 1966, 86 (ArGV I).

sie aufgrund einer Wahlordnung entsteht, bei welcher der AN-Verband als GAV-Partei mitgewirkt hat.

Daraus lässt sich jedoch nicht folgern, der AN-Verband müsse überbetrieblich sein. Denn Sinn dieser Regelung ist nicht, dass die Wahlordnung in überbetrieblichem Rahmen vereinbart wird, weshalb der AN-Verband überbetrieblich sein müsse. Es soll vielmehr die *Unabhängigkeit der AN-Vertretung* dadurch gewährleistet werden, dass die Wahlordnung überhaupt *vereinbart* wird und nicht einseitig vom AG erlassen werden kann¹⁵².

In diesem Sinne lässt denn auch die gesetzliche Regelung die lockerste Form einer Vereinbarung, nämlich eine „*andere kollektive Vereinbarung*“¹⁵³, ausser dem GAV als Form der Vereinbarung einer Wahlordnung zu¹⁵⁴.

Indem die AN-Vertretung durch einen GAV oder eine andere kollektive Vereinbarung erst geschaffen werden muss, kann der Hausverband nicht mehr zugleich AN-Verband (GAV) und AN-Vertretung (vBO) sein, wie dies ursprünglich beim Werkstättenvertrag der Fall war. Möglich ist jedoch, dass der Hausverband als GAV-Partei eine AN-Vertretung im Sinne der Betriebsgemeinschaftsidee mit dem AG vereinbaren kann¹⁵⁵.

d. Verhältnis von GAV und vBO

Auch wenn es einen echten Dualismus zwischen BetrV und TV im schweizerischen Recht nicht gibt¹⁵⁶, so müssen die Bereiche von vBO und GAV infolge der Existenz der beiden Institute doch voneinander abgegrenzt werden. Hieraus kann sich eine Aussage für die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes ergeben.

Interessant ist nun, dass es keine allgemeine Regelung gibt, welche den Bereich der vBO von demjenigen des GAV abgrenzte. Es gibt nur eine Regelung des *Verhältnisses von BO/vBO und GAV* und eine solche des Verhältnisses von *vBO mit privatrechtlichem Inhalt und GAV*. Entscheidend ist demnach, ob es um eine vBO mit privatrechtlichem Inhalte geht. Hat die vBO den gleichen *öffentlich-rechtlichen Inhalt* wie die BO¹⁵⁷, so gilt der Grundsatz, dass vBO und BO keine Bestimmungen enthalten dürfen, die einem für den AG verbindlichen GAV widersprechen¹⁵⁸.

152 Dazu Hug, ArG, Art. 37 N. 8: Eine Wahl nach einer Ordnung, welche der AG bestimmt, ist ausgeschlossen; derselbe, Kündigungsrecht, 37; Streiff, Schlussbestimmungen Art. 5 N. 1.

153 Unter diesem Begriff ist ein nicht in GAV-Form abgeschlossener Kollektiv-Vertrag zu verstehen, bei dem auch ein *groupement de fait* Partei sein könnte. Nicht gemeint ist damit ein Vertrag nach dem Muster des Friedensabkommens, da dies seit der Revision von 1956 ein rein schuldrechtlicher GAV ist und die ArGV I von 1966 sonst auf diesen GAV-Typ hätte verweisen müssen. Vgl. auch Hug, ArG, Art. 38 N. 19 mit Verweis auf BBl 1954 I 157.

154 Auch wenn „andere kollektive Vereinbarung“ einen rein schuldrechtlichen GAV meinte, so ergäbe sich daraus nicht Überbetrieblichkeit, vgl. o. § 14 II A a.

155 Vgl. L. Kistler, Die Betriebsgemeinschaft, Diss. Freiburg i. Ue. 1953, insbes. 81ff.; Heither, 88 mit Verweisen; Welti, 18ff.; vgl. auch o § 13 III B c.

156 Vgl. o. § 14 IV C b. Da die vBO nur einer Möglichkeit und keiner Pflicht entspringt, handelt es sich bei BO und vBO um ein Regelausnahmeverhältnis.

157 Vgl. o. § 14 IV C b Anm. 149.

158 Vgl. Art. 38 Abs. 3 ArG.

Weist die fragliche vBO neben dem öffentlich-rechtlichen Inhalt *fakultative privatrechtliche Abmachungen* auf¹⁵⁹, so darf sie nicht nur keine Bestimmungen enthalten, die einem für den AG verbindlichen GAV widersprechen, sondern weitergehend ist jegliche Regelung ausgeschlossen, die üblicherweise durch GAV oder eine andere kollektive Vereinbarung getroffen wird¹⁶⁰.

Es gibt somit zwei *Arten des Vorrangprinzips*¹⁶¹. Das *allgemeine Vorrangprinzip* regelt das Verhältnis zwischen dem GAV und der klassischen BO¹⁶². Hier gilt der *Grundsatz des Vorrangs der kollektivrechtlichen Regelung vor der BO*¹⁶³. Der AG soll durch die BO, die er in der Regel einseitig erlässt, nicht ändern können, was mit ihm bereits durch kollektiv-rechtliche Regelung vereinbart worden ist¹⁶⁴. Das allgemeine Vorrangprinzip bedeutet somit den *Vorrang des Vereinbarten* vor dem einseitig Erlassenen. Es äussert sich nicht zur Organisationsform der GAV-Partei auf AN-Seite und damit auch nicht zum Problem der Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes. Dem erwähnten Sinn des allgemeinen Vorrangprinzips steht nicht entgegen, dass er für das Verhältnis von vBO und GAV nicht zutreffen kann, da sich hier zwei Vereinbarungen gegenüberstehen. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass die vBO im Verhältnis zur BO eine *später geschaffene, fakultative Ausnahmeform* ist, deren Existenz im Vergleich mit derjenigen der obligatorischen BO unmassgeblich ist, weshalb im Rahmen des allgemeinen Vorrangprinzips die vBO mit der BO gleichgesetzt wird¹⁶⁵.

Die vBO erlangt erst dann eine selbständige Bedeutung, wenn es um eine *vBO mit privatrechtlichem Inhalt* und einem GAV geht. Für dieses Verhältnis gilt das besondere Vorrangprinzip.

Das *besondere Vorrangprinzip* soll "das Aushöhlen des GAV und die Wiedereinführung des Hausvertrages" verhindern¹⁶⁶. Das besondere Vorrangprinzip entstand im Zusammenhang mit der Revision des Dienstvertragsrechtes im Jahre 1971, mit welcher die *privatrechtliche AO*¹⁶⁷ aufgehoben und dafür der mögliche Inhalt der vBO über öffentlich-rechtliche Bestimmungen hinaus auf solche privatrechtlicher Natur ausgedehnt wurde¹⁶⁸. Indem das besondere Vorrangprinzip die Wiedereinführung des Hausvertrages verhindern will, sichert es nur die seit der GAV-Revision von 1956 geltende Rechtslage. Damals wurde der Hausvertrag bzw. das *groupement de fait* als Partei des Hausvertrages durch die Einführung des Begriffes "Arbeitnehmerver-

159 Was nicht durch das ArG 1964 ermöglicht wurde, sondern erst durch Art. 5 der Schlussbestimmungen des BG 1971, als Ersatz für den Wegfall der AO, Art. 321 OR. Näheres u. § 14 IV C d Anm. 167–168.

160 Vgl. Art. 38 Abs. 2 ArG.

161 Zum Vorrangprinzip vgl. auch o. § 7 II b und § 7 III.

162 Die klassische BO ist diejenige mit öffentlich-rechtlichem Inhalte, vgl. o. § 14 IV C b Anm. 149.

163 So Hug, ArG, Art. 38 N. 21; vgl. auch Streiff, Art. 5 Schlussbestimmungen, N. 1.

164 Und zwar vorab durch einen GAV.

165 Zur vBO mit öffentlich-rechtlichem Inhalt vgl. auch o. § 14 IV C b und § 14 IV C d Anm. 156.

166 So Hug, ArG, Art. 38 N. 19; vgl. auch Canner/Schoop (N. 149), Art. 38 Anm. 9.

167 Art. 321 OR, dazu z.B. Oser/Schönenberger, Art. 321 N. 1ff.

168 Dazu Botschaft 1967, 308; Schweingruber, Kommentar EAV, 67 und 415ff.; Streiff, Art. 5 Schlussbestimmungen, N. 1.

band“ ausgeschaltet. Auch das besondere Vorrangprinzip äussert sich somit nicht zum Problem der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes¹⁶⁹.

e. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich aus der positiv-rechtlichen Regelung der Betriebsverfassung die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes nicht gewinnen lässt. Mangels einer vereinbarten Betriebsverfassung von Gesetzes wegen – die vBO ist nur ein fakultatives Mittel – existiert kein echter Dualismus zwischen BetrV und TV. Aus der Art der Bestimmung der AN-Vertretung als Partei der vBO sowie aus der Art der Regelung des Vorranges des GAV vor der BO ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der AN-Verband als Partei des GAV überbetrieblich sein sollte. Bei diesen Regelungen hätte jedoch das Problem der Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes behandelt werden müssen. Dass dies nicht geschah, lässt den Schluss auf ein *qualifiziertes* Schweigen zu.

D. AN-Verband und öffentliches Arbeitsrecht

a. Allgemeines

Die höchste Stufe erreicht das System der sozialen Selbstverwaltung, wenn die Partei dieses Systems auch eigentliche öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt. Dadurch erwächst der Partei der sozialen Selbstverwaltung Ordnungs- und Repräsentationsfunktion. Dies erfordert ihre Überbetrieblichkeit¹⁷⁰.

b. Das Arbeitsgesetz

Als Kodifikation des öffentlichen Arbeitsrechts gilt das Arbeitsgesetz¹⁷¹. Im Rahmen dieses Gesetzes hat der AN-Verband *keine Funktionen*, die seine überbetriebliche Organisation bedingen. Die Entstehungsgeschichte des ArG zeigt vielmehr die Abneigung der Betroffenen, dem AN-Verband öffentlich-rechtliche Funktionen aufzubürden. So wurde beispielsweise die *qualifizierte Rechtsverordnung*¹⁷² von den Spitzenverbänden aus der Befürchtung heraus abgelehnt, dass die AN-Verbände dadurch an Selbständigkeit verlören¹⁷³. Wären die AN-Verbände Partei der qualifi-

169 Es bestätigt vielmehr die seit 1956 bestehende Rechtslage, welche die unorganisierte Mehrheit als GAV-Partei ausschliesst, vgl. o. § 12 III.

170 Vgl. o. § 9 V b Anm. 32.

171 Dazu z.B. Hug, Kodifikation, 161ff.

172 Dazu z.B. Naegeli, Verbände, 212ff.; derselbe, Grundzüge einer gesetzlichen Regelung der Arbeit im Handel und in den Gewerben, ZSR 67 (1948) 299aff.

173 Dazu die auf den Vernehmlassungen der betroffenen Kreise beruhende Botschaft zum ArG, BBl 1960 II 922, 926; vgl. auch W. Siegrist und B. Zanetti, Zukunft der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Zürich 1946.

zierten Rechtsverordnung geworden, so hätte dies *ihre Ordnungsfunktion gestärkt*, was für die Annahme der Überbetrieblichkeit als Merkmal gesprochen hätte.

c. Anderes öffentliches Recht

Aussagen über AN-Kollektive finden sich noch in verschiedenen anderen öffentlich-rechtlichen Erlassen¹⁷⁴. Ein *einheitlicher Begriff* lässt sich hierbei jedoch nicht ermitteln, da ein systematischer Zusammenhang nicht mehr ersichtlich ist.

Diese Folgerung ergibt sich auch aus den verschiedenen Bezeichnungen der massgebenden AN-Kollektive in den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Erlassen.

Wird der Begriff des AN-Verbandes erwähnt, so ist daher der Sinn aus dem näheren Zusammenhang mit dem entsprechenden Gesetz zu ermitteln.

d. Zusammenfassung

Das öffentliche Arbeitsrecht kennt den Begriff des AN-Verbandes nicht in dem Sinne, dass die Überbetrieblichkeit ein Merkmal wäre. Da dem AN-Verband keine Aufgaben übertragen werden, die die überbetriebliche Organisation bedingen, kann dieses Merkmal auch nicht aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des AN-Verbandes abgeleitet werden. Das System der sozialen Selbstverwaltung ist demnach nicht so weit ausgedehnt, dass die Parteien dieses Systems öffentlich-rechtliche Funktionen ausübten, wie dies im deutschen Recht der Fall ist.

E. Ergebnisse

Entsprechend den *drei Stufen des Systems der sozialen Selbstverwaltung* sind das TV-System, das Betriebsverfassungsrecht und der Bereich öffentlich-rechtlicher Befugnisse des AN-Verbandes daraufhin untersucht worden, ob sich daraus die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes ableiten lasse.

Die Prüfung des TV-Systems bringt als Ergebnis, dass der AN-Verband nicht das allein massgebliche AN-Kollektiv ist. Streik- und schlichtungsfähig sind auch die ad-hoc-Koalition bzw. das groupement de fait. *Es fehlt somit ein einheitlicher Begriff des AN-Verbandes im TV-System*. Der AN-Verband hat auch *keine Ordnungsfunktion*. Damit lässt sich das Überbetrieblichkeitsmerkmal nicht aus dem TV-System schliessen.

Beim Betriebsverfassungsrecht fällt auf, dass es *kein Betriebsverfassungsgesetz* gibt, welches die Belegschaft als gesetzliches Organ und die BetrV als entsprechendes

174 Z.B. Art. 53 und Art. 54 des BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG), SR 831.10: "Berufsverbände"; Übersicht bei Gysin, SJK Nr. 889, Art. "Berufsverbände"; Schon aufgrund der verschiedenen Wortlaute zur Umschreibung des jeweils relevanten AN-Kollektivs ist anzunehmen, dass kein einheitlicher Begriff des AN-Verbandes im öffentlichen Recht besteht, sondern dass der Begriff des betreffenden AN-Kollektivs von Gesetz zu Gesetz verschieden auszulegen ist, vgl. auch Hug, Art. "Arbeitsrecht" im Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft; vgl. auch o. § 13 II B.

Gestaltungsmittel anerkennt. Damit existiert kein *echter Dualismus* zwischen BetrV und TV. Aus den vorhandenen Aussagen über die vBO lässt sich auch nicht folgern, dass der AN-Verband als GAV-Partei überbetrieblich sein sollte.

Im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts kann festgestellt werden, dass der AN-Verband nicht als einheitlicher Begriff verwendet wird. Soweit hier vom AN-Verband die Rede ist, lässt sich aus dem entsprechenden Zusammenhang kein Merkmal der Überbetrieblichkeit ableiten, da die Tendenz erkennbar ist, dem AN-Verband *keine öffentlichen Funktionen* zu übertragen. Damit hat der AN-Verband im öffentlichen Arbeitsrecht nicht die Stellung einer Partei der sozialen Selbstverwaltung, was seine Überbetrieblichkeit zur Folge hätte.

Ein positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung existiert überhaupt nicht. Denn schon die erste Stufe eines solchen Systems, nämlich ein *TV-System*¹⁷⁵, ist nicht vorhanden, da es keinen einheitlichen Begriff der Partei auf AN-Seite im TV-System gibt. Das bestehende *Betriebsverfassungsrecht* entspricht auch nicht einem solchen in einem System der sozialen Selbstverwaltung, fehlt es doch an einem echten Dualismus. Schliesslich wird der AN-Verband auch im *öffentlichen Arbeitsrecht* nicht einheitlich erfasst. Die Überbetrieblichkeit als Merkmal des AN-Verbandes lässt sich also nicht aus dem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung ableiten. Dies entspricht der verfassungsrechtlichen Situation, welcher das Prinzip der sozialen Selbstverwaltung fremd ist¹⁷⁶.

V. Resultate aus dem systematischen Zusammenhang

Die Überbetrieblichkeit ist aufgrund der systematischen Betrachtungsweise *kein generelles Merkmal* des AN-Verbandes.

Sie ist nur im Zusammenhang mit dem *ave-GAV* und dem *Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung* erforderlich. Im übrigen lässt sich mit dem GAV nur das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit rechtfertigen, wobei ein Normativ-GAV, nicht aber ein rein schuldrechtlicher GAV, vorliegen muss¹⁷⁷.

Da eine eigentliche kollektive Koalitionsfreiheit in der BV fehlt, lässt sich der AN-Verband *nicht anhand des Koalitionsbegriffes konkretisieren*. Aus dem verfassungsrechtlichen Begriff des AN-Verbandes ergibt sich das Überbetrieblichkeitsmerkmal nur für den *AN-Verband beim ave-GAV und den Spitzenverband*. Sonst schützt die BV das anhand des GAV gefundene Resultat¹⁷⁸.

Da das massgebende supranationale Recht nur die *kollektive Koalitionsfreiheit im ersten Grade* schützt, bringt es keine weitere Präzisierung¹⁷⁹. Was schliesslich das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung betrifft, *so existiert kein solches*, und die vorhandenen Aussagen entsprechen der verfassungsrechtlichen Situation, indem nämlich das Überbetrieblichkeitsmerkmal des AN-Verbandes ebenfalls nicht gefolgert werden kann¹⁸⁰.

175 Vgl. o. § 9 V b Anm. 30.

176 Vgl. o. § 14 III E.

177 Vgl. o. § 14 II C.

178 Vgl. o. § 14 III C a nach Anm. 78 und § 14 III C c.

179 Vgl. o. § 14 III E.

180 Vgl. o. § 14 IV E.

3. KAPITEL

DER HAUSVERBAND ALS AN-VERBAND: SCHLUSSFOLGERUNGEN

§ 15 RESULTATE

I. Werkvereinsproblematik und der Begriff des AN-Verbandes

Die Werkvereinsproblematik¹ hängt im schweizerischen Recht von der Frage nach der Tariffähigkeit des Hausverbandes bzw. von der Frage ab, ob der Hausverbandsvertrag ein GAV sei. Die Antwort findet sich in Art. 356 Abs. 1 OR, und zwar im Begriff des AN-Verbandes. Das positive Recht *kennt* demnach den *Begriff der Tariffähigkeit nicht*, sondern es gebraucht den Begriff des AN-Verbandes, welcher nicht näher definiert wird. Der Hausverband ist nur dann tariffähig, wenn der AN-Verband mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit versehen ist. Ob dies der Fall ist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, da es um einen positiv-rechtlichen Begriff geht.

II. Auslegung des Begriffes des AN-Verbandes im Hinblick auf das Merkmal der Überbetrieblichkeit

Klar ist, dass der Begriff des AN-Verbandes die *Merkmale der Zusammensetzung aus AN und der Organisation als juristische Person enthält*². Auf der Suche danach, inwiefern sich das Überbetrieblchkeitsmerkmal folgern lasse, ergeben sich drei Momente, die zu berücksichtigen sind.

a. Entstehungsgeschichtliches Moment

Entstehungsgeschichtlich müsste der AN-Verband dann überbetrieblich sein, wenn die im Rahmen der Revision von 1956 erfolgte *Streichung der "Arbeitnehmer eines Betriebes"* als GAV-Partei die Bedeutung hätte, dass betrieblich organisierte AN-Koalitionen ausgeschaltet werden sollten.

¹ Vgl. o. §§ 1 und 2.

² Vgl. o. § 10 II a.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Man wollte nur *unorganisierte* Mehrheiten für tarifunfähig erklären. Mit dem Begriff des AN-Verbandes ist demnach entstehungsgeschichtlich gesehen das *Erfordernis der juristischen Persönlichkeit* verbunden und nicht dasjenige der überbetrieblichen Organisation³. Damit bestätigt das entstehungsgeschichtliche Moment das Begriffsverständnis, wie es sich aus dem Wortlaut ergibt⁴.

b. Tatsächliches, insbesondere phänomenologisches Moment

Im Gegensatz zur Gewerkschaft ist der AN-Verband ein technischer Begriff. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal ergibt sich *weder* aus dem *technischen Sprachgebrauch*⁵ noch aus der *phänomenologischen Interpretation* des Begriffes des AN-Verbandes⁶. Der Hausverband widerspricht weder wegen seiner betrieblichen Beschränkung noch wegen seiner allfälligen "gelben" Einstellung dem schweizerischen Selbstverständnis der Gewerkschaften. Überdies ist nach positivem Recht die phänomenologische Methode kaum anwendbar⁷, da es keine Anhaltspunkte für ein eigenständiges Sozialrecht gibt.

c. Systematisches Moment

Wird der AN-Verband systematisch am GAV konkretisiert, so ist die Überbetrieblichkeit *je nach GAV-Typ* ein Merkmal des AN-Verbandes. Beim *ave-GAV* gilt die Überbetrieblichkeit aufgrund des Wortlautes⁸. Beim *Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung* gilt sie aufgrund der Ordnungsfunktion des AN-Verbandes⁹. Der AN-Verband hat beim *Normativ-GAV* sowohl in der Form des Verbands-GAV als auch in derjenigen des Firmen-GAV *nur tatsächlich unabhängig* zu sein, da der Normativ-GAV im Schwergewicht sozial-privatrechtlich ist¹⁰. Im Gegensatz zum Normativ-GAV handelt es sich beim *rein schuldrechtlichen GAV* um einen reinen Schuldvertrag, weshalb weder das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit noch dasjenige der Überbetrieblichkeit für den AN-Verband eines solchen GAV gefordert werden können¹¹. *Verfassungsrechtlich* gesehen fehlen die *kollektive Koalitionsfreiheit* sowie das *Prinzip der sozialen Selbstverwaltung* als Voraussetzungen für das Koalitionsmerkmal der Überbetrieblichkeit¹². Im übrigen hat die BV *nur den ave-GAV* vor Augen. Gegen die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes bei den andern GAV-Typen sprechen die Umstände, dass die BV den sozialen Antagonismus zwischen den

3 Vgl. o. § 12.

4 Vgl. o. § 10 II a Anm. 5–7.

5 Vgl. o. § 13 II.

6 Vgl. o. § 13 III.

7 Vgl. o. § 13 III D.

8 Vgl. o. § 14 II A d.

9 Vgl. o. § 14 II A c.

10 Vgl. o. § 14 II B.

11 Vgl. o. § 14 II A a und § 14 II C.

12 Vgl. o. § 14 III, insbes. E.

Koalitionen nicht kennt, die Verbandsfreiheit schützt und die sozial-privatrechtliche Ausgestaltung des GAV rechtfertigt¹³.

An der verfassungsrechtlichen Situation ändern die *supranationalen Bestimmungen* der EMRK¹⁴ und der ILO¹⁵ nichts. Erst wenn die ESC ratifiziert wird, ist die kollektive Koalitionsfreiheit in einem solchen Grade gewährleistet, dass sich aufgrund des Prinzips der sozialen Selbstverwaltung die Überbetrieblichkeit als Koalitionsmerkmal gewinnen liesse¹⁶.

Voraussetzung wäre allerdings, dass die Überbetrieblichkeit auch ein Merkmal des *einheitlichen Begriffes der AN-Koalition als Partei der sozialen Selbstverwaltung* ist. Dies ist gegenwärtig nicht der Fall, da es an einem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung überhaupt fehlt. Die geltenden Bestimmungen lassen sich nicht zu einem System zusammenfügen. Es gibt kein TV-System, da es verschiedene AN-Koalitionen gibt¹⁷. Beim Betriebsverfassungsrecht fehlt der echte Dualismus zwischen BetrV und TV¹⁸. Im öffentlichen Arbeitsrecht hat der AN-Verband keine Ordnungsfunktion, bzw. es fehlt an einem einheitlichen Begriff des AN-Verbandes¹⁹.

III. Die Überbetrieblichkeit ist kein generelles Merkmal des AN-Verbandes

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes zwar mit dem systematischen Auslegungselement begründet werden kann, jedoch nicht als ein Merkmal genereller Art. Sie ist vielmehr nur erforderlich, wenn es um einen ave-GAV oder einen GAV mit gemeinsamer Durchführung geht. Sonst gilt, handelt es sich um einen *Normativ-GAV*, dass der AN-Verband neben den Merkmalen, die sich aus dem Wortlaut von Art. 356 OR ergeben²⁰, nur noch *tatsächlich unabhängig* von der Gegenseite sein muss. Überbetrieblichkeit ist hier nur im Falle tatsächlich erwiesener Abhängigkeit des AN-Verbandes nötig. Wenn es sich um einen *rein schuldrechtlichen GAV* handelt, so muss der AN-Verband nicht einmal tatsächlich unabhängig sein²¹.

IV. Der Hausverband ist tariffähig, und der Hausverbandsvertrag ist ein GAV

Da die Überbetrieblichkeit des AN-Verbandes nur beim ave-GAV und beim Verbands-GAV mit gemeinsamer Durchführung nötig ist, kann der Hausverband die übrigen GAV-Typen rechtsgültig abschliessen. Im Gegensatz zur h.M. muss er aber m.E. beim Normativ-GAV noch das zusätzliche Merkmal der tatsächlichen Unab-

13 Vgl. o. § 14 III C a Anm. 75–78 und § 14 III C c.

14 Vgl. o. § 14 III D a.

15 Vgl. o. § 14 III D b.

16 Vgl. o. § 14 III D c.

17 Vgl. o. § 14 IV B d.

18 Vgl. o. § 14 IV C b.

19 Vgl. o. § 14 IV D.

20 Vgl. o. § 10 II a Anm. 5–7.

21 Vgl. o. § 14 II A a.

hängigkeit aufweisen, welches sich aus dem Wesen des GAV ergibt²². Da beim Verbands-GAV auf der AG-Seite ein Verband beteiligt ist, dürfte hier der Hausverband häufiger als beim Firmen-GAV nicht genügend unabhängig sein.

V. Besonderheiten der schweizerischen Rechtslage

Der Begriff des AN-Verbandes entspricht somit nicht dem deutschrechtlichen Gewerkschaftsbegriff. Bei der Beurteilung des Problems der Tariffähigkeit des Hausverbandes ist daher den Unterschieden zwischen deutschem und schweizerischem Recht genügend Rechnung zu tragen. Diese Unterschiede können wie folgt zusammengefasst werden:

1. Eine *phänomenologische Betrachtungsweise* der Werkvereinsproblematik erscheint für das schweizerische Recht als nicht vertretbar, da insbesondere der Ausdruck "Gewerkschaft" nicht als Rechtsbegriff verwendet wird und es an Hinweisen in Richtung eines eigenständigen Sozialrechts fehlt. Aber selbst wenn die phänomenologische Interpretation angewendet würde, wäre der Hausverband ein AN-Verband und damit tariffähig, da weder wirtschaftsfriedliche ("gelbe" Werkvereine) noch betrieblich beschränkte ("neutrale" Werkvereine) Gewerkschaften dem gewerkschaftlichen Selbstverständnis in der Schweiz widersprechen.
2. Der GAV ist sozial-privatrechtlicher als der TV. Zur Beantwortung der Frage nach der Tariffähigkeit der TV-Partei auf AN-Seite ist stärker als im deutschen Recht nach TV-Typen zu differenzieren, da neben dem Normativ-GAV ausdrücklich der rein schuldrechtliche GAV gesetzlich anerkannt ist. Die (öffentlich-rechtliche) *Delegationstheorie*²³ ist für den GAV unmassgeblich, da es im schweizerischen Recht an einer Tarifaufonomie fehlt, die zur sozialen Selbstverwaltungsautonomie ausgedehnt worden wäre. Die GAV-Parteien sind denn auch nicht zugleich Parteien der sozialen Selbstverwaltung.
3. Eine *kollektive Koalitionsfreiheit* ist dem innerstaatlichen schweizerischen Recht nicht bekannt. Mangels einer der Sozialstaatsklausel (Art. 9 Abs. 3 GG) analogen Klausel fehlt es an einer besonderen Tarifaufonomie ebenso wie an einem Prinzip der sozialen Selbstverwaltung auf Verfassungsebene. Das supranationale Recht führt zwar die kollektive Koalitionsfreiheit ins schweizerische Recht ein. Diese kollektive Koalitionsfreiheit ist jedoch nicht in einem solchen Grade gewährleistet, dass daraus ein Koalitionsbegriff mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit abgeleitet werden könnte.
4. Ein eigentliches *positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung* existiert im schweizerischen Recht i.G. zum deutschen Recht nicht, da insbesondere der AN-Verband im TV-System keine Ordnungsfunktion hat und ein Betriebsverfassungsrecht fehlt. Dementsprechend gibt es auch keinen einheitlichen Begriff des AN-Verbandes, welcher dem einheitlichen Gewerkschaftsbegriff des deutschen Rechts entspräche und durch das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstver-

²² Vgl. o. § 9 V a.

²³ Zum Begriff vgl. o. § 5 IV E b in Anm. 107.

- waltung bestimmt bzw. durch die Verfassung gewährleistet würde. Das Überbetrieblichkeitsmerkmal kann also für den AN-Verband nicht aus einem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung gewonnen werden.
5. Im Unterschied zum deutschen Recht wird somit im schweizerischen Recht der Begriff der TV-Partei auf AN-Seite weniger durch die Koalitionsfreiheit und das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung als *durch den GAV geprägt*. Da der GAV sozial-privatrechtlicher ist als der TV, ergibt sich daraus grundsätzlich nicht das Merkmal der Überbetrieblichkeit, sondern dasjenige der tatsächlichen Unabhängigkeit. Der Hausverband ist daher i.G. zum Werkverein grundsätzlich tariffähig.
 6. Entsprechend der materiell weniger ausgebildeten Ordnung der sozialen Selbstverwaltung existiert in der Schweiz auch kein besonderes Verfahren zur *Feststellung der Tariffähigkeit*. Mitspielen dürfte hier der Umstand, dass das deutsche Recht i.G. zum schweizerischen Recht das Tariffähigkeitsmerkmal der *juristischen Persönlichkeit* nicht kennt. Dieses Merkmal schützt zwar die TV-Partei auf AN-Seite nur formell vor einer Abhängigkeit. Sein Vorhandensein kann jedoch leichter festgestellt werden als die Tariffähigkeitsmerkmale des deutschen Rechts. Insofern erscheint die schweizerische Lösung als praktikabler. Was das Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit betrifft, so ist dessen Vorhandensein schwieriger festzustellen als die Überbetrieblichkeit, welche jedoch nur eines von mehreren Merkmalen der Tariffähigkeit nach deutschem Recht ist.
 7. Nicht nur der GAV, sondern die massgebenden Rechtsnormen *insgesamt* sind mehr im Sinne des sozialen Privatrechts ausgestaltet als die entsprechenden deutschen Rechtsnormen. Die Überbetrieblichkeit als generelles Merkmal des AN-Verbandes widerspräche deshalb nicht nur dem GAV, sondern auch der BV und den vorhandenen Ansätzen zu einem System der sozialen Selbstverwaltung.

THESEN

1. Mit dem Begriff des *Werkvereins* wird im deutschen Recht das *Phänomen* der betrieblich beschränkten Gewerkschaft umschrieben, wobei darunter die typische wirtschaftsfriedliche, "gelbe" Gewerkschaft verstanden wird. Neben den "gelben" gab es in Deutschland jedoch auch ideologiefreie, "neutrale" Werkvereine. Betrieblich beschränkte Gewerkschaften in "gelber" und "neutraler" Form finden sich als *allgemeines* Phänomen der Gewerkschaftsgeschichte in vielen Ländern und sind je nach Entwicklungsstand der entsprechenden Gewerkschaftsbewegung auch heute noch anzutreffen. Dies gilt beispielsweise für den schweizerischen *Hausverband*.
2. Die Frage nach der *Tariffähigkeit* des Werkvereins bzw. der betrieblich beschränkten Gewerkschaft steht im Zusammenhang mit dem *Postulat nach Überbetrieblichkeit* der TV-Partei auf AN-Seite. Mit diesem Postulat kann allein in praktikabelster Weise die Gefahr einer Abhängigkeit der AN- von der AG-Seite im Rahmen eines TV ausgeschlossen und so die Gefahr eines einseitigen AG-Diktates gebannt werden. Damit wird die Überbetrieblichkeit zum Merkmal der *Tariffähigkeit*, welche ein Begriff der Arbeitsrechtswissenschaft ist.
3. Das Postulat ist im *deutschen* Recht erfüllt, weil die Überbetrieblichkeit ein durch Auslegung zu gewinnendes Merkmal des positiv-rechtlichen Begriffs der Gewerkschaft ist. Entscheidend dafür sind folgende drei Punkte:
Erstens ist eine *kollektive Koalitionsfreiheit* mit dem verfassungsrechtlichen *Prinzip der sozialen Selbstverwaltung* gewährleistet, wodurch ein durch das positiv-rechtliche System der sozialen Selbstverwaltung festgelegter *einheitlicher* Begriff der Koalition i.e.S. mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit ermöglicht wird. Dabei entspricht die Koalition i.e.S., welcher eine zur sozialen Selbstverwaltung ausgedehnte Tarifautonomie zusteht, der Gewerkschaft: Die Gewerkschaft hat sich von der TV-Partei zur Partei der umfassenderen sozialen Selbstverwaltung entwickelt.
Zweitens ergibt sich die Überbetrieblichkeit als Gewerkschaftsmerkmal aus dem *Dualismus von BetrV und TV*, welcher ein Dualismus zwischen Betrieb und Beruf ist.
Drittens lässt sich die Überbetrieblichkeit in Anwendung der *phänomenologischen Betrachtungsweise* (gewerkschaftliches Selbstverständnis) folgern.
4. Die Überbetrieblichkeit der TV-Partei auf AN-Seite entspringt *nicht der Natur der Sache*. Es ist vielmehr ein entsprechender positiv-rechtlicher Entscheid vorausgesetzt.
5. Anders steht es mit dem Merkmal der tatsächlichen Unabhängigkeit, welches sich in allgemeingültiger Weise aus der Normativwirkung des TV, d.h. aus seinem Wesen, ergibt. Denn als Vertrag des modernen Arbeitsrechts ist der TV wesensmäßig mindestens ein Vertrag des *sozialen Privatrechts*. Insofern folgt die Überbetrieblichkeit allgemein bei erwiesener tatsächlicher Abhängigkeit der entsprechenden TV-Partei auf AN-Seite, d.h. der entsprechende TV einer betrieblich beschränkten Gewerkschaft ist in diesem Falle nicht gültig.
6. Ist das Merkmal der Überbetrieblichkeit positiv-rechtlich *nicht explizit* festgehalten, so kann es beim Vorliegen folgender beider alternativen Voraussetzungen aus

dem positiv-rechtlichen System der sozialen Selbstverwaltung abgeleitet werden: Entweder ist die *phänomenologische* Methode als *ausschliessliche* Interpretationsmethode des kollektiven Arbeitsrechts anerkannt (Annahme eines eigenständigen Sozialrechts), oder es ist eine *kollektive Koalitionsfreiheit* mit einer *Tarifautonomie* mindestens zweiten Grades (TV-System) gewährleistet und positiv-rechtlich so ausgebildet, dass im System (TV-Recht, Arbeitskampfrecht, Schlichtungsrecht) ein *einheitlicher Koalitionsbegriff* mit dem Merkmal der Überbetrieblichkeit existiert.

7. Im *schweizerischen* Recht ist das Postulat nicht erfüllt, d.h. die *Überbetrieblichkeit* ist kein generelles Merkmal der AN-Verbandes.

Dies ergibt sich daraus, dass im positiven Recht weder entsprechende Anhaltspunkte noch die für die Annahme eines derartigen Merkmals allgemeingültigen Voraussetzungen zu finden sind: Der GAV erscheint als ein sozial-privatrechtlicher Vertrag, und es gibt weder eine kollektive Koalitionsfreiheit zweiten Grades noch ein durchgebildetes positiv-rechtliches System der sozialen Selbstverwaltung. Ob ein Hausverband einen GAV abschliessen könne, ist je nach der Art des konkreten GAV zu beurteilen. Beim *rein schuldrechtlichen* GAV (GAV ohne Normativwirkung) weist der AN-Verband nur die beiden sich aus Art. 356 OR ergebenden Merkmale auf: *Zusammensetzung aus AN* und *juristische Persönlichkeit*. Hier ist der Hausverband also vertragsfähig. Da beim *Normativ-GAV* das Paritätsprinzip gilt, muss hier der AN-Verband *zusätzlich* das Erfordernis der *tatsächlichen Unabhängigkeit* erfüllen, und zwar sowohl beim Firmen- als auch beim Verbands-GAV. Der Hausverband ist damit grundsätzlich tariffähig. Nur beim *GAV mit gemeinsamer Durchführung* und dem *ave-GAV* scheidet der Hausverband als mögliche Partei aus, da hier das Merkmal der *überbetrieblichen Organisation* nötig ist.

LEBENS LAUF

- | | |
|-----------|--|
| 1952 | geboren in Zürich |
| 1959–1965 | Primarschule in Stein am Rhein, Greifensee und Horgen |
| 1965–1971 | Gymnasium Typus A Kantonsschule in Zürich |
| 1971–1976 | Studium (lic.iur.) Universität Zürich |
| 1977 | Auditor Bezirksanwaltschaft Zürich |
| 1978–1980 | Auditor, a.o. Gerichtssekretär Bezirksgericht Zürich |
| seit 1980 | juristischer Sachbearbeiter Bauamt II der Stadt Zürich |
| 1982 | Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft Universität Zürich |

